

# KOSOVO ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: LA OPINIÓN CONSULTIVA DE 22 DE JULIO DE 2010

## KOSOVO BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: THE ADVISORY OPINION OF 22 JULY 2010

**Carmen López-Jurado Romero de la Cruz\***

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES. III. LA OPINIÓN CONSULTIVA. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: La trascendencia de la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de 22 de julio de 2010 reside en haber establecido que el principio de integridad territorial se aplica a las relaciones entre Estados, de lo que se infiere que no es aplicable a las situaciones de naturaleza interna como son los fenómenos de secesión. A juicio de la CIJ la ilegalidad de una declaración de independencia sólo puede derivar del hecho de que ésta haya ido acompañada de un uso ilícito de la fuerza o de otras infracciones graves de las normas del Derecho Internacional general, en particular de aquéllas que tienen un carácter imperativo (*jus cogens*). Tal circunstancia debe ser apreciada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Teniendo en cuenta el carácter político del órgano del que depende esa valoración, y del posible ejercicio del derecho de veto de sus miembros permanentes, ello implica que los Estados que tengan problemas de separatismo pueden haber quedado desprotegidos.

ABSTRACT: *The relevance of the Advisory Opinion of the International Court of Justice of 22 July 2010 rests in its affirmation that the principle of territorial integrity is applicable only to relations between States, and therefore is not applicable to internal situations such as the secession of part of a State. The International Court of Justice considers that the illegality of declarations of independence thus stemmed not from the unilateral character of these declarations as such, but from the fact that they were, or would have been, connected with the unlawful use of force or other egregious norms of general international law, in particular those of a peremptory character (jus cogens). This circumstance has to be appreciated by the Security Council of the United Nations. Taking into account the political character of the body which made that appraisal, and the possible practice of the right of veto of its permanent members, that means that states who have problems of separatism could have been left unprotected.*

PALABRAS CLAVE: Kosovo. Opinión consultiva. Corte Internacional de Justicia. Creación y reconocimiento de Estados. Secesión. Principio de integridad territorial. Principio de libre determinación de los pueblos.

---

Fecha de recepción del artículo: 15 de diciembre de 2010. Fecha de aceptación de la versión final: 14 de marzo de 2011.

\* Profa. Titular de Derecho Internacional Público. Universidad de Granada. [lopezju@ugr.es](mailto:lopezju@ugr.es). El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación P0-SEJ-04082, cuyo responsable principal es el Prof. Dr. Diego J. Liñán Nogueras. Deseo expresar mi agradecimiento al Prof. Dr. J. Roldán Barbero y a la Profa. I. Casado Guil por sus observaciones. No obstante, las opiniones expresadas y los errores que se hayan podido cometer son, exclusivamente, responsabilidad de la autora.

*KEYWORDS: Kosovo. Advisory Opinion. International Court of Justice. Creation and Recognition of States. Secession. Principle of Territorial Integrity. Principle of Self-determination.*

## I. INTRODUCCIÓN

A pesar de la importancia que el Estado tiene en el Derecho Internacional (DI, en adelante), este ordenamiento jurídico nunca ha regulado una cuestión tan básica como es el proceso que conduce a su creación, limitándose a atribuir una serie de derechos y obligaciones a la entidad política ya creada, que debe poseer un territorio, una población y un gobierno. En efecto, la creación de Estados se ha considerado como una cuestión prejurídica, un hecho que el DI toma en cuenta para atribuirle el estatuto jurídico de la soberanía, que conlleva, a su vez, su capacidad para ejercer una serie de poderes o competencias tanto en el ámbito interno como en el internacional<sup>1</sup>.

Sin embargo, el DI tampoco ha ignorado por completo los procesos que desembocan en la creación de Estados sino que, por el contrario, y hasta cierto punto, los ha alentado, al incorporar entre sus principios estructurales el de la libre determinación de los pueblos cuyo ejercicio en el pasado por parte de los pueblos coloniales permitió a la sociedad internacional alcanzar un carácter verdaderamente universal<sup>2</sup>. Tras la caída del muro de Berlín, y como consecuencia de la implosión de la URSS, la sociedad internacional volvió a experimentar un aumento significativo en su número de Estados. En algunos casos, la disolución del Estado originario se llevó a cabo de modo pacífico (Checoslovaquia); pero, en otros, la desaparición del Estado dio lugar a conflictos territoriales y étnicos (URSS<sup>3</sup>) o derivó en abiertas guerras civiles (Antigua Yugoslavia). En relación con este segundo tipo de situaciones, se ha planteado si el DI apoya la integridad territorial de los Estados que se desintegran (con lo que los movimientos secesionistas no tendrían derecho a la independencia), o si, por el

---

<sup>1</sup> El DI, por lo tanto, se ha orientado básicamente por el principio de la efectividad para el nacimiento de Estados. En este proceso, la intervención de terceros Estados reconociendo o no al nuevo Estado es muy importante, pero no es un elemento exigible para que éste llegue a existir. El papel del reconocimiento de Estados constata así la existencia del Estado, siendo su valor meramente declarativo y no constitutivo de la existencia del Estado. Véase CRAWFORD, J., *The creation of States in International Law*, Second Edition, Clarendon Press, Oxford, 2006, p. 4.

<sup>2</sup> Si bien quedan algunos casos pendientes como Palestina o Sáhara.

<sup>3</sup> Desde entonces la Federación rusa está sometida a pulsiones secesionistas que dan lugar a recurrentes brotes de violencia en Chechenia. Rusia también ha alentado los fenómenos secesionistas en Osetia del Sur y Abjasia (Georgia), a los que ha reconocido como Estados. Según Weckel: “Dans le cas de l’Abkhazie et de l’Ossétie-du-Sud l’objet de la reconnaissance prématurée n’est donc pas de soulever une entité étatique dans la voie de sa pleine constitution (cas du Kosovo), mais d’apporter un nouveau fondement à la présence militaire russe” (WECKEL, P., “Plaidoyer pour le processus d’indépendance du Kosovo. Réponse à Olivier Corten”, RGDIP, 2009, núm. 2, pp. 257-271, en p. 269). Otros enclaves secesionistas se encuentran en Moldavia (Transnistria) y Azerbaiyán (Alto Karabaj). Una visión completa de los conflictos derivados de la disolución de la Unión Soviética puede verse en: BLANC ALTEMIR, A., *Conflictos territoriales interétnicos y nacionales en los Estados surgidos de la Antigua Unión Soviética*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004).

contrario, cabe aplicar a dichas situaciones el principio de autodeterminación de los pueblos como posible fundamento jurídico-internacional para la secesión.

La actualidad de la temática, y ese potencial efecto desestabilizador de la sociedad internacional que implica la creación de Estados en situaciones problemáticas, se pone de manifiesto en el conflicto de Kosovo, que ha llegado finalmente ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ, en adelante). En su opinión consultiva, de 22 de julio de 2010 sobre la legalidad de la declaración de independencia de Kosovo<sup>4</sup>, la CIJ ha declarado que la declaración de independencia de Kosovo no fue contraria al DI. El objetivo de este trabajo será analizar dicha opinión consultiva para determinar cuál ha sido el razonamiento jurídico que seguido la CIJ para llegar a tal conclusión. Se trata de un caso importante en el que están en juego cuestiones que tienen que ver con la creación, reconocimiento y sucesión de Estados, con los principios estructurales del DI, o con la violación de derechos humanos, entre otras. Entre todos ellos, me interesa conocer, en particular, qué solución aporta la CIJ a la relación entre los principios de integridad territorial y de libre determinación de los pueblos, así como analizar la forma en que la CIJ ha podido sortear la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que alude expresamente al respeto de los principios de soberanía e integridad territorial de la República Federal de Yugoslavia.

El trabajo se divide en tres apartados: analizaré, en primer lugar, el contexto en el que surge la opinión consultiva, los antecedentes del caso. En este apartado se recoge de forma sucinta una exposición de los principales acontecimientos que desembocaron en la declaración de independencia y en la solicitud de la opinión consultiva por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU, en adelante). En segundo lugar, analizaré la opinión consultiva en sí, el razonamiento que sigue la Corte. He dividido dicho apartado en cuatro epígrafes en los que daré mi parecer sobre los siguientes aspectos abordados en la opinión consultiva: a) Cuestiones relativas a la jurisdicción y discrecionalidad; b) La reformulación de la pregunta efectuada por la CIJ; c) Su particular visión de la cronología de los hechos; y d) Por qué la declaración de independencia no es contraria al DI. No he excluido las cuestiones preliminares tratadas por la CIJ relativas a su jurisdicción y discrecionalidad, aunque en este apartado la CIJ se limita a aplicar jurisprudencia previa, pues mi valoración sobre lo que debería haber hecho la CIJ, una vez que reformula la pregunta, está relacionada con ellas. No obstante, desarrollaré con más extensión las cuestiones de fondo. Finalmente, incluyo un último apartado con algunas reflexiones personales y una conclusión personal.

---

<sup>4</sup> La opinión consultiva de la CIJ sobre la declaración de independencia de Kosovo así como las Exposiciones escritas de los diferentes Estados que han intervenido en este procedimiento y de los autores de la declaración de independencia pueden consultarse en la página web de la Corte Internacional de Justicia (<http://ecj-cij.org>).

## II. ANTECEDENTES

Las reclamaciones territoriales han sido una constante en los Balcanes<sup>5</sup>, un territorio en el que se encuentran Estados que ocuparon el lugar hasta entonces contenido en los diferentes Imperios que allí confluyeron a lo largo de la Historia<sup>6</sup>. Vinculados a estas reclamaciones territoriales figuran factores étnicos y religiosos que han actuado como elementos catalizadores de enfrentamiento y odio en la región<sup>7</sup>.

La cohesión alcanzada por la antigua República Federal (o Federativa) Socialista de Yugoslavia (RFSY) fue un paréntesis histórico producto de la política autoritaria impuesta por el régimen comunista del Mariscal Tito. De origen croata-esloveno, Tito había limitado en la Constitución de 1974 la influencia de Serbia, concediéndoles autonomía a las provincias de Voivodina y Kosovo, que se sumaron así a las seis repúblicas que conformaron en su día el mapa del antiguo Estado federal yugoslavo. Cuando Tito murió en 1980, las rivalidades étnicas tomaron el protagonismo político.

En esta situación se produjo el proceso de radicalización nacionalista serbia que encabezó el presidente Slobodan Milosevic quien utilizó el sentimiento de frustración que estaba presente en la sociedad serbia desde hacía siglos<sup>8</sup>. Las consecuencias de su pensamiento político se hicieron notar en las sucesivas guerras balcánicas que desembocaron, finalmente, en la independencia de algunas de las antiguas repúblicas (convertidas ahora en Estados) con la consiguiente disolución de la RSFY y el nacimiento de la República Federal Yugoslava (RFY, en adelante) que quedó

---

<sup>5</sup> Kaplan se refiere a la existencia de un “síndrome vengativo de los Balcanes” que llevaría a cada nación a reclamar como territorio nacional natural todas las tierras que poseyó en los tiempos de su mayor expansión histórica” (KAPLAN, R. D., *Fantasmas balcánicos*, Acento Editorial, Madrid, 1994, en p. 221).

<sup>6</sup> La evolución histórica de los Balcanes es analizada en detalle por OTIAÑO VIÑES, J. J., BERMEJO GARCÍA, R., *Los conflictos de los Balcanes*, Ministerio de defensa, Madrid, 2007, pp. 9-45.

<sup>7</sup> Es usual mencionar como factor de confrontación las diferencias religiosas entre las diversas poblaciones que habitan el territorio. Según Judt: “El pasado de cada una de las unidades había sido diferente. Eslovenia y Croacia, en el norte, eran mayoritariamente católicas y en su día habían formado parte del Imperio Austrohúngaro, al igual que Bosnia, aunque ésta durante menos tiempo. La parte meridional del país (Serbia, Macedonia, Montenegro y Bosnia) había estado durante siglos bajo el dominio de los turcos otomanos, lo cual explica que, además de serbios, mayoritariamente ortodoxos, hubiera un gran número de musulmanes” (JUDT, T., *Postguerra. Una historia de Europa desde 1945*, Taurus, Madrid, 2006, en p. 956).

<sup>8</sup> De todos los sucesos históricos acaecidos en los Balcanes, el año 1389 quedó marcado de un modo especial en el imaginario colectivo. En dicha fecha el ejército dirigido el príncipe serbio Stefan Lazar perdió la batalla de Kosovo (“el Campo de los Mirlos”) contra el ejército turco. Como consecuencia de la victoria otomana en Kosovo, la mayoría de su población (entre un 80 y un 90 por 100) fue islamizada, quedando sólo una pequeña minoría de cristianos ortodoxos. Aquel importante suceso, novelado por I. Kadaré en *Tres cantos fúnebres por Kosovo*, alimentó a lo largo de los siglos una sed de venganza que sería posteriormente utilizada por Slobodan Milosevic. En alusión a esa batalla, Milosevic en 1987, de visita en Kosovo, pronunció las palabras: “No volverán a hacerte esto otra vez. Nadie volverá a derrotarte” (KAPLAN, R. D., *op. cit.*, en p. 36).

constituida, en un primer momento, por Serbia y Montenegro y, posteriormente, sólo por Serbia (e incluyendo a Kosovo y Voivodina como parte de Serbia)<sup>9</sup>.

Como reacción frente a las manifestaciones independentistas, en 1989 Milosevic revocó el estatuto de autonomía del que había disfrutado hasta entonces Kosovo y, en 1990, disolvió su Asamblea. Los albanos-kosovares reaccionaron proclamando su independencia, creando un gobierno paralelo y actuando militarmente contra Serbia a través del denominado Ejército de Liberación de Kosovo (UCK, en adelante), considerado por los serbios (y también entonces por los Estados Unidos) como grupo terrorista<sup>10</sup>. Se creó así una espiral de violencia que derivó en una nueva guerra civil en

---

<sup>9</sup> En efecto, en los años 90 del siglo pasado, y como consecuencia de las sucesivas guerras balcánicas, se produjo la independencia de Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina y Macedonia. En 1991, la RSFY pasa a denominarse República Federal de Yugoslavia (RFY) quedando formada por Serbia y Montenegro y solicitando su ingreso en la ONU en aplicación de resoluciones del Consejo de Seguridad y la Asamblea General de Naciones Unidas (véase SÁENZ DE SANTA MARÍA, M. P., “Problemas actuales de la sucesión de Estados”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1993, pp. 157-214, en pp. 210-212). La RFY fue admitida en la ONU como Estado miembro el 1 de noviembre de 2000. Tras la caída del régimen de Milosevic, el 4 de febrero de 2003, se aprobó la reforma de la Constitución de la RFY que reconoció el derecho de secesión a Montenegro, derecho que efectivamente ejerció Montenegro, independizándose de Serbia el 3 de junio de 2006, tras la celebración de un referéndum. Serbia reconoció la independencia de Montenegro el 15 de junio de ese año. En 2006 se aprobó la nueva Constitución de Serbia en la que Kosovo figuraba como parte integrante de Serbia con un estatuto de “autonomía sustancial” a ser determinado mediante acuerdo.

La jurisprudencia de la CIJ en relación con la sucesión de la RFY por la RFSY ha sido reflejo de la complejidad del proceso de disolución de la RSFY. En el *asunto relativo a la licitud del empleo de la fuerza*, la CIJ desestimó la demanda planteada por Serbia contra países de la OTAN por los ataques aéreos contra objetivos de la RFY por considerar que, en el momento en que la formuló (el 29 de abril de 1999), no era aún miembro de la ONU, por lo que no era parte en el Estatuto de la CIJ ni tenía legitimación activa ante la CIJ (sentencia de la CIJ 15 de diciembre de 2004, Serbia-Montenegro contra Alemania, Bélgica, Canadá, Francia, Holanda, Italia, Portugal y Reino Unido, *asunto relativo a la licitud del empleo de la fuerza*). Tampoco prosperó la demanda dirigida por la RFY contra España por su participación en dicha intervención militar al excluir la CIJ su competencia por concurrir una de las reservas que figuran en la declaración por la que España admite la jurisdicción de dicho Tribunal (ROLDÁN BARBERO, J., *Las relaciones exteriores de España*, Dykinson, Madrid, 2001, en p. 286). Sin embargo, en la sentencia de la CIJ de 26 de febrero de 2007, Bosnia-Herzegovina contra Serbia-Montenegro (*asunto relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio*), la CIJ admitió la demanda contra Serbia y Montenegro pese a que la demanda fue incoada el 20 de marzo de 1993, esto es, con anterioridad a la admisión de la RFY en la ONU. En sentencia posterior, de 18 de noviembre de 2008, Croacia contra Serbia (*asunto relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio*), la CIJ ha admitido también una demanda formulada por Croacia contra Serbia pese a que Croacia la había presentado con anterioridad a la fecha en que la RFY entró en la ONU, por considerar la CIJ que esa deficiencia fue subsanada en el transcurso del proceso. Véase BLUM, Y. Z., “Consistently Inconsistent: The International Court of Justice and the Former Yugoslavia (*Croatia v. Serbia*)”, *AJIL*, vol. 103, núm. 2, 2009, pp. 264-271; ESCUDERO ESPINOSA, J. F., “La incompetencia *rationae personae* de la Corte Internacional de Justicia en los asuntos relativos a la legalidad del uso de la fuerza (*Serbia y Montenegro v. ocho Estados miembros de la OTAN*) sentencias de 15 de diciembre de 2004”, *REDI*, vol. LVII (2005), 2, pp. 1122-1128).

<sup>10</sup> En la organización albanos-kosovar cabía diferenciar un brazo político liderado por Ibrahim Rugova (Liga Democrática del Kosovo, LDK), que aplicó inicialmente una estrategia de resistencia no violenta frente a Serbia, y un brazo armado representado por el UCK. Según Strazzari, desde 1991 hasta febrero de 1998 se contaban, según fuentes serbias, 182 episodios de terrorismo, que costaron la vida a una

los Balcanes. En este contexto se llevó a cabo la operación de limpieza étnica por parte del régimen serbio a la que han hecho referencia sucesivas resoluciones del Consejo de Seguridad, entre otros órganos de las Naciones Unidas, que incluyó tortura, matanzas, deportaciones y desplazamientos de población<sup>11</sup>; por su parte, el UCK actuó en la misma línea, aunque sin la fuerza que proporcionaba a Serbia el aparato del Estado<sup>12</sup>.

El descubrimiento, el 15 de enero de 1999, de los cuerpos de 45 albanos-kosovares asesinados a manos de las tropas serbias en la localidad kosovar de Racak<sup>13</sup> fue el detonante de la intervención militar de la OTAN<sup>14</sup>, que fue precedida por una fracasada conferencia de paz celebrada del 6 de febrero al 18 de marzo de 1999 en Rambouillet (Francia). En ella se reunieron representantes de los países que formaban parte del denominado *Grupo de Contacto* así como una delegación serbia y otra albanos-kosovar (encabezada ésta última por Ibrahim Rugova y Hashim Thaci, comandante éste del UCK)<sup>15</sup>.

---

treintena de individuos entre policías y civiles serbios (STRAZZARI, F., “De Kosovo a Kosova, y vuelta a empezar”, *Meridiano Ceri*, núm. 23, octubre 2008, pp. 4-11, en pp. 9-10).

<sup>11</sup> Un análisis detallado de tales actos puede verse en la opinión separada del juez A. Cançado Trindade a la opinión consultiva de la CIJ en el *asunto relativo a la legalidad de la declaración de independencia de Kosovo*, párrs. 97 a 131.

<sup>12</sup> La brutalidad fue practicada por ambos bandos. Según A. Mangas, “los serbios hicieron limpieza étnica en los años 90 asesinando a más de 15.000 albaneses y desplazando de su territorio a 800.000. Pero también el grupo terrorista Ejército de Liberación de Kosovo (UCK) había asesinado a cientos de serbios y romaníes, forzando la huida de 200.000 serbios. La única diferencia entre la brutalidad de ambas limpiezas étnicas es de cantidad. En estos nueve años de protectorado internacional su grupo terrorista fue reconvertido en el Cuerpo de Protección de Kosovo (KPM), que ha asesinado y torturado a gusto, como denunció la ONU en repetidos informes, tanto a albanos-kosovares, como a serbios y gitanos. Además, las iglesias ortodoxas de la provincia y su gran patrimonio cultural han sido objeto de agresiones por los albaneses, crecidos por la protección de las fuerzas internacionales. Así, víctimas y verdugos se intercambiaron los papeles” (MANGAS MARTÍN, A., “Kosovo: acto final de una agresión, comienzo de un abismo”, *El Mundo*, 18.2.2008).

<sup>13</sup> La matanza de Racak se asoció inmediatamente con la masacre de Srebrenica, cometida años antes por las tropas serbias durante la guerra de Bosnia, en la que fueron asesinados cerca de 8.000 musulmanes sin que los cascos azules que protegían el enclave bosnio pudieran impedirlo. Goytisoló ha señalado otras consecuencias de la matanza de Srebrenica: “La fractura abierta entre Occidente y el Islam (...) se ensanchó entonces. Centenares de defensores de la justísima causa bosnia se transformaron en *yihadistas* que de Bosnia, pasando por Chechenia, se integraron en las filas del islamismo radical de Argelia para agruparse luego en las de Al Qaeda” (GOYTISOLO, J., “Polvo y cenizas”, *El País*, 27.07.2008, p. 29).

<sup>14</sup> Según Javier Solana: “Cuando llegó la matanza de Racak, ahí ya se tomó la decisión de hacer planes militares para una posible intervención aérea” (SOLANA, J., BASSETS, L., *Javier Solana en conversación con Lluís Bassets. Reivindicación de la política. Veinte años de relaciones internacionales*, Debate, Barcelona, 2010, p. 106).

<sup>15</sup> Con anterioridad a Rambouillet, se desarrolló también una iniciativa diplomática estadounidense dirigida por los embajadores Richard Holbrooke y Christopher Hill que condujo a un acuerdo de cese del fuego firmado por la RFY. La RFY también concluyó un acuerdo con la OSCE que previó la retirada de las fuerzas de seguridad de la RFY y una misión de observación de la OSCE que estuvo presente en el momento en que se descubrió la matanza de Racak (véase la Exposición escrita de Estados Unidos, en pp. 12-13).

La intervención militar de la OTAN comenzó el 24 de marzo de 1999 y duró 78 días<sup>16</sup>. Consistió en una campaña de bombardeos aéreos cuyo objetivo fue forzar al régimen serbio a retirarse de la zona<sup>17</sup>. Lamentablemente, la UE, que en 1992 se había dotado de un Tratado (el TUE) que la facultaba para configurar una política exterior y de seguridad común (PESC), no sólo no fue capaz de intervenir eficazmente en dicha situación sino que ni siquiera pudo hacer cumplir a sus Estados miembros sus propias líneas directrices para el reconocimiento de los países surgidos de la desmembración de la antigua Yugoslavia de 1991<sup>18</sup>. Es significativo que a las reuniones del *Grupo de Contacto* acudieran representantes de Estados Unidos, la Federación rusa, Gran Bretaña, Francia, Alemania e Italia, lo que revela que inicialmente no hubo una representación propia y única de la UE<sup>19</sup>. El Consejo de la UE se limitó a condenar el uso de la fuerza por las tropas serbias y a adoptar, el 13 de noviembre de 1998, una decisión, sobre la base del antiguo art. J. 4, apartado 2 del TUE, sobre la supervisión de la situación en

---

<sup>16</sup> En pleno desarrollo de la intervención militar en Kosovo, la OTAN celebró una Cumbre los días 23 y 24 de abril (con motivo del cincuenta aniversario de la firma del Tratado Washington) en la que se aprobó el *Nuevo Concepto Estratégico* de la Alianza, que incluyó una ambigua referencia al papel de Naciones Unidas en las intervenciones de la OTAN. Según Sánchez Pereira, “la ambigüedad de tal texto responde a la incrustación de la objeción francesa –que contó con el apoyo de otros países como Alemania, Italia y España– a favor de que las acciones de la OTAN cuenten siempre con el aval del Consejo de Seguridad, contra la intención original de norteamericanos e ingleses por legitimar claramente el derecho de la OTAN a actuar sin necesidad de ese respaldo” (citado por ORTEGA MARTÍN, J., *La Organización del Tratado del Atlántico Norte (De Washington 1949 a Estambul 2004)*, Ministerio de Defensa, Madrid, en p. 117).

<sup>17</sup> Véase la Carta del 31 de marzo de 1999 del Ministro Federal de Asuntos Exteriores de la RFY al Secretario General de la ONU en la que denuncia la agresión de la OTAN contra objetivos civiles (*Meridiano Ceri*, abril 1999, núm. 26, en p. 27). En efecto, durante la operación militar de la OTAN fueron atacados numerosos objetivos civiles, entre los que figuraron los ministerios de defensa e interior, la sede del Gobierno de Serbia, el ministerio de la República, el Ministerio de Asuntos Exteriores, viviendas civiles, instalaciones de comunicaciones, infraestructura sanitaria, educativa, empresas, e incluso patrimonio histórico (véase ANGOSO GARCÍA, R., *Kosovo. Las semillas del odio*, Plaza y Valdés, Madrid, 2009, pp. 112-118).

<sup>18</sup> Los entonces doce países que componían la UE establecieron el 16 de diciembre de 1991, en el marco de la cooperación política europea, una posición común sobre el reconocimiento de las Repúblicas yugoslavas. En ella se exigía que los nuevos países contasen con una base democrática y que aceptasen una serie de obligaciones internacionales derivadas de la Carta de las Naciones Unidas, el Acta de Helsinki, la Carta de París, así como compromisos asumidos en el marco de la entonces Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa en materia de derechos humanos, derechos de las minorías, inviolabilidad de las fronteras, desarme, entre otras obligaciones sustantivas. Para verificar el cumplimiento de dichas obligaciones se creó una Comisión de arbitraje que estuvo presidida por el Sr. Badinter, Presidente del Consejo Constitucional francés. Sin embargo, Alemania reconoció a Croacia y Eslovenia antes de que la Comisión Badinter se pronunciara, quebrando la actuación concertada (NAVARRO BATISTA, N., “La práctica comunitaria sobre reconocimiento de Estados: nuevas tendencias”, *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 22, n.º 2, 1995, pp. 475-510; PAZARTZIS, P., “La reconnaissance d’une république yougoslave”: la question de l’ancienne république de macédoine (ARYM)”, *Annuaire Francais de Droit International*, XLI, 1995, pp. 281-297; SALMON, J., “Reconnaissance d’Etats”, *RBDI*, 1992-1, pp. 226-239). Los informes de la Comisión Badinter no fueron finalmente tomados en consideración por el resto de los entonces Estados miembros de la UE a la hora de reconocer a los nuevos Estados (RIGAUX, F., *Guerres et interventions dans Sud-Est Européen*, Pedone, Paris, 2004, en p. 159).

<sup>19</sup> Esta situación anómala sólo se corrigió en 2007, participando desde entonces la UE junto con Estados Unidos y la Federación Rusa en la denominada Troika para Kosovo (véase párr. 72 de la opinión consultiva).

Kosovo<sup>20</sup>. No obstante, la constatación de la insuficiencia de los medios de que disponía la UE para hacer frente a situaciones como las que se vivieron durante las guerras en los Balcanes, y especialmente en relación con Kosovo, influyó decisivamente en la posterior configuración de la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD) de la UE<sup>21</sup> así como en la elaboración de la Estrategia Europea de Seguridad de 2003<sup>22</sup>. Por su parte, Rusia, apoyó en todo momento al gobierno serbio subrayando, en las diversas reuniones que tuvieron lugar en el *Grupo de contacto*, que la cuestión de Kosovo era un asunto interno de Serbia. Cuando se produjo la intervención de la OTAN, Rusia suspendió su participación en la Asociación para la Paz, en el programa OTAN-Rusia, así como el proceso de ratificación del tratado de desarme START II<sup>23</sup>. Sin embargo, en el nuevo mapa geopolítico mundial configurado tras la caída del muro de Berlín, Rusia, que había perdido su papel de superpotencia, fue incapaz de aglutinar un movimiento que pudiera paralizar la intervención militar de la OTAN en Kosovo.

El 10 de junio de 1999 Milosevic retiró las fuerzas serbias de Kosovo, quedando dicho territorio bajo la administración internacional interina de las Naciones Unidas (ONU, en adelante)<sup>24</sup>. De este modo, las tropas serbias en la región fueron sustituidas por las de la operación de mantenimiento de la paz (OMP) de la ONU de la MINUK (Misión de

<sup>20</sup> En ella se considera que la acción de la UE exige un “conocimiento exacto de la situación de Kosovo sobre el terreno”, por lo que: “La UE pide a la UEO que le proporcione la información pertinente de que disponga” en relación con la aplicación de los acuerdos concluidos entre la RFY y la OSCE y la OTAN, la situación de los refugiados y de las personas, así como de las infraestructuras (*DO* núm. L 308, de 18 de noviembre de 1998, pp. 1-2). Previamente, el Consejo de Asuntos Generales adoptó unas Conclusiones sobre la región de los Balcanes Occidentales en las que condenó las acciones de la República Federativa de Yugoslavia contra medios de comunicación independientes que constituyen un nuevo paso en la represión de los principios democráticos (Bol. 10-1998, punto 1.3.75).

<sup>21</sup> Según Liñán Noguerras, la crisis de Kosovo, junto a otros factores como la ampliación de la UE, supuso un cambio decisivo en la evolución de la PESC (MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, sexta edición, Tecnos, Madrid, 2010, en p. 562). La PESD quedaría configurada como un ámbito jurídico de la PESC que arranca en el Consejo Europeo de Niza de diciembre de 2000 y cuya regulación jurídica específica se llevó a cabo inicialmente al margen del derecho originario de la UE. Hoy día aparece regulada en el TUE, reformado por última vez por el Tratado de Lisboa, en su Título V, sección 2ª (Política Común de Seguridad y Defensa).

<sup>22</sup> GNESOTTO, N. (ed.), *Política de Seguridad y Defensa de la Unión Europea (Los cinco primeros años, 1999-2004)*, Instituto de Estudios de Seguridad, Paris, 2004.

<sup>23</sup> Véase YAMEMTCHOUK, R., “Une décennie de participation de l’UE au règlement du Kosovo”, *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, núm. 512, 2007, pp. 556-564, en p. 560. Según Caracuel Raya, las relaciones OTAN-Rusia entraron en una nueva fase después de la intervención en los Balcanes, no sólo porque Moscú participó en la misión de pacificación dirigida por la OTAN en Kosovo, sino también porque formó parte de la coalición internacional contra el terrorismo establecida tras los ataques del 11 de septiembre de 2001 (CARACUEL RAYA, M. A., *Los cambios de la OTAN tras el fin de la guerra fría*, Tecnos, Madrid, 2004, en p. 92).

<sup>24</sup> El declive de Milosevic se hizo patente con motivo de su derrota en las elecciones a la presidencia de Yugoslavia de septiembre de 2000, que fueron ganadas por Vojislav Kostunica. Posteriormente, el Gobierno de Serbia detuvo a Milosevic y lo entregó al Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), donde fue acusado de crímenes contra la humanidad si bien no llegó a ser condenado, al morir en prisión durante la celebración del juicio. No obstante, los actos de violencia serbia hacia los albanos-kosovares han sido condenados por el TPIY en la sentencia de 26 de febrero de 2009, *Procureur c. Milan Milutinovic et al.*. También han sido condenados algunos dirigentes del UCK (sentencia de 30 de noviembre de 2005, *Procureur c. Fatmir Limaj et al.*) y de Kosovo (sentencia de 3 de abril de 2008, *Procureur c. Ramush Haradinaj et al.*).

Administración interina de las Naciones Unidas en Kosovo, UNMIK en inglés), encargada de la administración transitoria del territorio de Kosovo bajo la supervisión de un Representante Especial del Secretario General de la ONU<sup>25</sup>. También se creó otra OMP, en este caso de la OTAN (KFOR, *Kosovo Force*), cuyo objetivo fue inspeccionar la retirada de las fuerzas yugoslavas, la desmilitarización y el mantenimiento del orden en la región. A la labor de estas operaciones se sumó la Organización sobre Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

Tanto MINUK como KFOR fueron creadas sobre la base de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, adoptada de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de la ONU. Esta resolución clave también reconoció la necesidad de que la MINUK facilitase “un proceso político para el establecimiento de un acuerdo sobre un marco político provisional que disponga un *gobierno autónomo sustancial* para Kosovo, teniendo en cuenta plenamente los acuerdos de Rambouillet y los principios de *soberanía e integridad territorial* de la República Federativa de Yugoslavia”<sup>26</sup>. Posteriormente, los poderes de la MINUK establecidos por la resolución 1244 (1999) fueron desarrollados, e incluso ampliados, mediante una decisión del Representante especial del Secretario General para Kosovo de 15 de mayo de 2001, denominada Marco Constitucional para el establecimiento de las instituciones provisionales de autogobierno (Reglamento 2001/9 de MINUK que crea el *Constitutional Framework for Provisional Self-Government*). En este momento se produjo el traspaso de competencias en materia de relaciones exteriores (como la conclusión de tratados o la representación exterior) a manos de la MINUK que pasó a ejercer una suerte de protectorado internacional en la zona<sup>27</sup>. En aplicación de dicho

---

<sup>25</sup> Los objetivos de esta OMP fueron el establecimiento de una administración civil provisional en la zona, el respeto de los derechos humanos, el fomento institucional y de la actividad económica, y la reconstrucción de Kosovo. Tales objetivos fueron encomendados posteriormente a diferentes organizaciones y organismos. Así, el ACNUR se ocupó de las cuestiones humanitarias, la ONU gestionó la administración civil, la OSCE la democratización y desarrollo institucional, la OTAN lo relativo a la seguridad, y la UE el desarrollo económico y la reconstrucción (para llevar a cabo tales objetivos, en la UE se estableció un mecanismo de seguimiento del proceso de estabilización y asociación de Kosovo).

<sup>26</sup> Cursiva añadida. Según Sellarés: “En Rambouillet no se llegó a concluir ningún tratado internacional (...). Había dos textos incompatibles entre sí, cada uno de ellos firmado por una parte. Los albanos-kosovares firmaron el 18, antes de irse, el acuerdo interino para la autonomía de Kosovo que es el que luego aparece como anexo a la resolución. Los serbios y otras comunidades “nacionales” no albanesas, firmaron el 20 otro sobre la autonomía de Kosovo-Metohija. El 6 de mayo de 1999 el G-8 convirtió ese primer texto en la solución, dejando de ser una mera proposición para la República Federal de Yugoslavia. Sin embargo, en la resolución 1244 sólo se ordena “tener presente” esos “acuerdos” de Rambouillet, que por tanto no son definitivos y son alterables” (SELLARÉS SERRA, J., ““Lost in transition”: Kosovo, ¿transición de la administración interina de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK) a gobierno independiente?, *Agenda ONU*, núm. 9/2008, pp. 113-159, en p.129).

<sup>27</sup> Véase AZNAR GÓMEZ, M. J., “La administración internacionalizada del territorio por parte de la Organización de las Naciones Unidas”, en: *La ONU y el mantenimiento de la paz en el siglo XXI*, J. CARDONA LLORENS (Ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, en p. 215). Weckel considera que el traspaso de competencias a Naciones Unidas por parte de Serbia conllevó la pérdida de la totalidad de los elementos que caracterizan la posesión de un territorio lo que implica, a su juicio, a una pérdida de la soberanía de Serbia sobre Kosovo (WECKEL, P., *loc. cit.*, en pp. 262-263). De este modo, la MINUK representó a Kosovo en las reuniones de la OIT, ante el Comité de derechos económicos, sociales y

Marco Constitucional, el 17 de noviembre de 2001, se celebraron las primeras elecciones legislativas en Kosovo, que ganó el partido que lideraba Rugova (Liga Democrática de Kosovo)<sup>28</sup>, en las que fueron designados los representantes de la Asamblea de Kosovo.

En esta evolución de los acontecimientos clave en el conflicto de Kosovo es importante señalar el nombramiento por parte del Secretario General de la ONU de un Enviado Especial de la ONU para Kosovo, que recayó en el ex presidente finés Martti Ahtisaari. El 14 de marzo de 2007, éste presentó un documento al Secretario General (*Propuesta Integral de Acuerdo sobre el Estatuto de Kosovo*) en el que, tras constatar los sucesivos fracasos de las negociaciones entre serbios y albano-kosovares, consideraba que la única opción viable para Kosovo era su independencia respecto a Serbia, supervisada durante un período inicial por la comunidad internacional<sup>29</sup>. Sin embargo, el informe Ahtisaari no consiguió el respaldo del Consejo de Seguridad de la ONU<sup>30</sup>.

El momento decisivo en el desarrollo de este conflicto se produce el 17 de febrero de 2008, día en el que la Asamblea de Kosovo proclama unilateralmente su independencia de Serbia. El 15 de junio de dicho año, la Asamblea de Kosovo aprueba la Constitución de la República de Kosovo que reconoce su existencia como Estado, esto es, su soberanía, su capacidad para concluir tratados internacionales, participar en relaciones internacionales y establecer relaciones diplomáticas y consulares con terceros Estados<sup>31</sup>. Pocos días antes de la declaración de independencia, la Unión Europea creó la OMP EULEX (*European Union Rule of Law Mission in Kosovo*)<sup>32</sup> con el objetivo de

---

culturales del Pacto de derechos civiles y políticos, así como en las reuniones del Consejo de cooperación regional. Las competencias asumidas por la MINUK son similares a las que asumió en su día la Misión de Administración Transitoria de las NNUU en Timor Leste (UNTAET). En el caso de Timor Leste, la ONU favoreció el ejercicio del derecho de autodeterminación de este pueblo propiciando la celebración de un referéndum que condujo finalmente a su independencia respecto a Indonesia (véase Crawford, *op. cit.*, en pp. 560-562 y 617).

<sup>28</sup> Yamemtchouk ha señalado cómo, tras la salida de las tropas yugoslavas de Kosovo, se produjeron nuevos actos de depuración étnica en la zona, si bien cometidos ahora por combatientes de la antigua UCK contra la población serbia (*loc. cit.*, en p. 562).

<sup>29</sup> Vemos aquí un excesivo protagonismo del Secretario General en su función de diplomacia preventiva. Desde mi punto de vista, el Secretario General debe intentar acercar a las partes para que lleguen a una solución, puede sugerir una solución pero no tratar de imponerla ni por sí mismo ni a través de los representantes especiales que designa para las distintas situaciones y conflictos. En este sentido, también considero que la labor de Ahtisaari excedió su función, si bien su papel de mediador eficaz ha sido reconocido con la concesión del Nobel de la paz en 2008.

<sup>30</sup> Como lo exigían los Principios directores establecidos por el *Grupo de Contacto* que figuraban anejos al nombramiento del Enviado Especial. Véase párr. 66 de la opinión consultiva.

<sup>31</sup> Una visión crítica de dicho proceso que culmina con la Constitución de Kosovo puede verse en: GUTIÉRREZ ESPADA, C., BERMEJO GARCÍA, R., “Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre su declaración de independencia, su constitución y otras reflexiones”, documento de trabajo núm. ° 41/2008, [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org), 24/09/2008.

<sup>32</sup> Acción común 2008/124/PESC del Consejo, de 4.02.2008 sobre la Misión de la UE por el Estado de derecho en Kosovo, EULEX KOSOVO (*DO L* 42, 16 de febrero de 2008, p. 92). El Jefe de la Misión es Yves de Kermabon. El despliegue efectivo de esta misión se demoró hasta el 9 de diciembre de 2008 debido a problemas de carácter jurídico ya que se cuestionó en Naciones Unidas, especialmente por la Federación rusa, el encaje jurídico de esta OMP con la resolución 1244 (1999). En relación con esta cuestión, de Wet afirma que el mandato de EULEX demuestra que no fue autorizada por el Consejo de

contribuir a forjar un Estado de Derecho en el enclave balcánico, y con competencias específicas en las áreas de justicia, policía, aduanas y fronteras.

A partir de ese momento, comienza el reconocimiento del nuevo Estado de Kosovo liderado por los Estados Unidos<sup>33</sup>. Los Estados miembros de la UE han estado divididos en cuanto a la actitud que debían tomar en relación al reconocimiento de Kosovo, de modo que han actuado unilateralmente reconociendo o no a Kosovo en función de las implicaciones que ello podría tener en el plano interno<sup>34</sup>, de su deseo de alinearse con la política exterior estadounidense o, sencillamente, como una forma de poner fin al enorme gasto económico que ha supuesto la presencia internacional en Kosovo<sup>35</sup>. Desde

---

Seguridad. El Secretario General de Naciones Unidas simplemente acusó recibo de una carta de Javier Solana, alto representante de la PESC de la UE, que no obtuvo respuesta, pese a lo cual algunos miembros de la UE afirmaron que el Secretario General implícitamente había autorizado EULEX. La primera indicación explícita de la transferencia de poder de la MINUK a EULEX aparece en el informe de 12 de junio de 2008, en el que el Secretario General declaró su intención de reforzar el papel operativo de la UE en relación con el Estado de derecho bajo la autoridad de la ONU. El Consejo de Seguridad asumió finalmente la reconfiguración de la MINUK mediante una declaración de la Presidencia de 26 de noviembre de 2008 (doc. S/PRST/2008/44), que daba la bienvenida a la cooperación entre la ONU y otros actores internacionales en el marco de la resolución 1244 (1999). De este modo, se entiende que EULEX ha sido legalizada *ex post facto*. Otra cuestión interesante es la delimitación de la actuación de EULEX respecto a la MINUK ya que, en principio, estas dos OMP van a coexistir. Finalmente, se plantean problemas en el aspecto de la responsabilidad internacional. En relación con este aspecto, de Wet cuestiona concretamente si es EULEX quien responde internacionalmente por las acciones cometidas bajo su control o si tal responsabilidad internacional sería asumida por la ONU (aplicando la doctrina Behrami de TEDH), posición esta última rechazada por el Secretario General de la ONU (DE WET, E., “The Governance of Kosovo: Security Council Resolution 1244 and the Establishment and Functioning of EULEX”, *AJIL*, vol. 103, núm. 1, 2009, pp. 83-96). En la actualidad, MINUK ya no ejerce ninguna competencia policial ni aduanera y pronto traspasará a EULEX sus competencias en el ámbito judicial (Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de febrero de 2009, sobre Kosovo y el papel de la Unión Europea).

<sup>33</sup> Hasta la fecha setenta países han reconocido a Kosovo como Estado independiente. La cifra actualizada puede consultarse en: <http://kosovothanksyou.com>. Según Garrigues: “Tras el desastre iraquí, Washington considera que la independencia de Kosovo supondría un tanto a su favor de cara a las opiniones públicas musulmanas. Esta independencia le proporcionaría, además, una valiosa base militar a tiro de Oriente Medio” (GARRIGUES, J., “Kosovo: la solución menos mala”, *El País*, 23.11. 2007, en p. 39).

<sup>34</sup> Concretamente España, Chipre, Eslovaquia, Grecia y Rumania se han negado a reconocer a Kosovo. La negativa de España a reconocer a Kosovo la ha llevado también a retirar sus tropas de la KFOR, una decisión que fue anunciada precipitadamente en el curso de una visita a las tropas españolas efectuada el 19 de marzo de 2009 por la Ministra de defensa española, lo que dio lugar a problemas diplomáticos con los Estados Unidos y en el seno de la OTAN. Las recientes filtraciones de los documentos del Departamento de Estado norteamericano efectuadas por Wikileaks así lo corroboran. Según estas filtraciones, el Presidente español Rodríguez Zapatero habría explicado de este modo la posición española al Vicepresidente estadounidense Biden: “España es un país con divisiones, con una organización terrorista vasca que ha matado a 900 personas en su esfuerzo por separarse de España. Cualquier indicación de que el Gobierno español apoya la disolución de un país en componentes regionales sería muy sensible políticamente e impulsaría los separatismos. Por eso, España no siguió apoyando la misión en Kosovo. Sin embargo concedió que España tenía que haber realizado consultas más claras con EEUU antes de la retirada” (*El País*, 13.12.2010, en p. 12). En relación con la retirada española de KFOR, véase CERVELL HORTAL, M. J., “Kosovo: a casa: misión cumplida”, *REDI*, vol. LXI, 2009, 1, pp. 279-285. Ello explica que España haya apoyado la posición de Serbia ante la CIJ.

<sup>35</sup> Así, p. ej., en la Exposición escrita de Gran Bretaña se subraya este aspecto concreto y se indica que: “It is an illusion to think that such expenditures could have been sustained indefinitely” (p. 112).

la perspectiva de la UE, llama la atención el hecho de que, a pesar de no existir una posición común del Consejo de la UE en relación con el reconocimiento de Kosovo<sup>36</sup>, debido a esa división interna, el Parlamento Europeo<sup>37</sup> y la Comisión<sup>38</sup> se hayan posicionado claramente a favor de la creación del Estado de Kosovo.

En este contexto, la AGNU adoptó la resolución 63/3 por la que decidió, conforme al art. 65 del Estatuto de la CIJ, solicitar a la CIJ, a instancia de Serbia, una opinión consultiva sobre la siguiente cuestión: ¿Se ajusta al derecho internacional la declaración unilateral de independencia formulada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo?<sup>39</sup>.

### III. LA OPINIÓN CONSULTIVA

En su opinión consultiva de 22 de julio de 2010, la CIJ admitió por unanimidad su competencia aunque se dividió en cuanto al fondo de la cuestión formulada, siendo adoptada la opinión consultiva por nueve votos contra cinco, y en ausencia del juez chino (juez Shi). La opinión consultiva se divide en cuatro apartados: a) Jurisdicción y discrecionalidad; b) Alcance y significado de la cuestión; c) Cronología de los hechos; y d) Cuestión de si la declaración de independencia es conforme al Derecho internacional. La opinión consultiva viene acompañada de declaraciones (jueces Tomka, Simma), opiniones separadas (jueces Keith, Sepúlveda-Amor, Cançado Trindade, Yusuf), y opiniones disidentes (jueces Bennouna, Skotnikov, Koroma). En el curso del procedimiento intervinieron veintiocho países así como una delegación de los autores de la declaración unilateral de independencia<sup>40</sup> presentando sus Exposiciones escritas, lo que da una idea de la importancia e implicaciones del asunto.

---

<sup>36</sup> En diversas ocasiones, el Consejo Europeo ha apoyado el respeto de la soberanía y de la integridad territorial de Serbia (véanse las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Berlín de 24 y 25 de marzo de 1999, el Consejo Europeo de Colonia de 3 y 4 de junio de 1999, del Consejo Europeo de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000 y del Consejo Europeo de Estocolmo de 23 y 24 de marzo de 2001, citadas en la Exposición escrita de España ante la CIJ, en p. 40). Por otra parte, tras la declaración de independencia de Kosovo, el Consejo de la UE adoptó unas conclusiones en las que tomaba nota del compromiso de los Estados miembros de adoptar una Decisión, de acuerdo con sus prácticas nacionales y con el Derecho Internacional, sobre sus relaciones con Kosovo y recordó el antiguo compromiso de la UE con respecto a la estabilidad de la región de los Balcanes Occidentales, reafirmando que la UE está dispuesta a desempeñar un papel de primer orden en el refuerzo de dicha estabilidad (véase COMISIÓN EUROPEA, *Informe General sobre la actividad de la Unión Europea*, 2008, en p. 165).

<sup>37</sup> El Parlamento Europeo está impulsando a los Estados miembros de la UE que no han reconocido la independencia de Kosovo a hacerlo (Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de febrero de 2009, sobre Kosovo y el papel de la Unión Europea).

<sup>38</sup> Según el informe de seguimiento de la Comisión de 5 de noviembre de 2008, la Constitución de Kosovo se ajusta a las normas europeas (doc. COM (2008) 674 y SEC (2008) 2697). Véase COMISIÓN EUROPEA, *Informe General sobre la actividad de la Unión Europea*, 2008, en p. 165.

<sup>39</sup> Doc. A/RES/63/3, de 8.10.2008. La Resolución fue adoptada por 77 votos a favor, seis en contra y 74 abstenciones (Doc. A/63/PV.22, pág. 11). España votó a favor de la solicitud de dictamen.

<sup>40</sup> Éstos se identifican ante la CIJ como República de Kosovo. De este modo, quienes en el pasado fueron considerados como miembros de un grupo terrorista han conseguido actuar ante la CIJ presentando sus Exposiciones escritas.

## 1. Cuestiones relativas a la jurisdicción y discrecionalidad

En este apartado lo primero que hace la CIJ es preguntarse si la AGNU tiene suficiente interés en el planteamiento de la pregunta. Ello resulta llamativo teniendo en cuenta que el art. 96.1 de la Carta de las Naciones Unidas (NNUU, en adelante) otorga una competencia automática tanto a la AGNU como al Consejo de Seguridad para solicitar una opinión consultiva “sobre cualquier cuestión jurídica”; y que estos órganos no tienen necesidad de demostrar que ésta surja “dentro de la esfera de sus actividades” (exigencia que queda limitada, en virtud del art. 96. 2 de la Carta, a otros órganos de las Naciones Unidas y a los organismos especializados). Sin embargo, la Corte, siguiendo su jurisprudencia previa, parece exigir dicho requisito también a la AGNU al indagar acerca de su interés en el planteamiento de la cuestión. El principal problema deriva, en este punto, de que fue la AGNU quien solicitó la opinión consultiva en lugar de hacerlo el Consejo de Seguridad que era la institución que repetidamente se había ocupado de la situación de Kosovo desde 1999. Por lo tanto, se cuestionaba hasta qué punto la AGNU tenía capacidad para solicitar una opinión consultiva en relación con un asunto del que se había ocupado el Consejo de Seguridad y que, de hecho, seguía pendiente ante él<sup>41</sup>. La CIJ recuerda que, según el art. 12. 1 de la Carta de las NNUU, mientras el Consejo de Seguridad está desempeñando las funciones que le asigna la Carta con respecto a una controversia o una situación, la AGNU no debe hacer recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad, pero afirma, siguiendo jurisprudencia previa (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, opinión consultiva de 9 de julio de 2004), que la solicitud de una opinión consultiva no es en sí misma una recomendación, y que, aunque el art. 12 puede limitar la acción de la AGNU tras recibir la opinión consultiva, no limita su capacidad para solicitarlo, de conformidad con el art. 96.1 de la Carta de NNUU.

Más adelante la CIJ señala que el hecho de que la situación de Kosovo estuviese pendiente ante el Consejo de Seguridad (y de que éste órgano hubiese actuado sobre la base del capítulo VII de la Carta de NNUU en relación con esa situación), no impide a la AGNU discutir cualquier aspecto de la misma, incluyendo la declaración de independencia<sup>42</sup>. Para la CIJ, el art. 12 de la Carta de NNUU no prohíbe toda acción de la AGNU en relación con las amenazas a la paz y la seguridad internacionales que estén pendientes ante el Consejo de Seguridad. También subraya la tendencia creciente a que ambos órganos se ocupen en paralelo de la misma cuestión; así, mientras que el Consejo de Seguridad se centra en los aspectos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad, la AGNU adopta una visión más amplia, considerando también sus aspectos

---

<sup>41</sup> Este hecho lleva al juez Bennouna a afirmar, en su opinión disidente, que la solicitud de la AGNU era una petición frívola (“*frivolous request*”, párr. 3). También el juez Keith considera que la AGNU no tiene suficiente interés en el planteamiento de la pregunta y que éste es un motivo suficiente para que la CIJ considere que se encuentra ante una razón decisiva (*compelling reason*) para declinar pronunciarse (véase párr. 17 de su opinión separada). En la declaración del juez Tomka podemos ver la misma posición (véase párr. 5).

<sup>42</sup> Párr. 40.

humanitarios, sociales y económicos<sup>43</sup>. La CIJ se remite a este respecto al asunto *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, en el que señaló que el hecho de que una cuestión caiga bajo la responsabilidad principal del Consejo de Seguridad no impide a la AGNU discutir la situación o, en los límites del art. 12, hacer una recomendación al respecto, y recuerda la competencia que confiere a la AGNU la resolución 377A (V), “Unidos para la paz”<sup>44</sup>. Por lo tanto, la responsabilidad primaria del Consejo de Seguridad en materia de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales no excluye la posible competencia paralela de la AGNU ni su capacidad para solicitar una opinión consultiva al respecto, si bien la CIJ no aclara qué podría hacer la AGNU una vez recibida ésta<sup>45</sup>.

En relación con el carácter jurídico o político de la cuestión formulada, y en respuesta a las alegaciones de algunos participantes en el procedimiento de que la cuestión planteada no era una cuestión jurídica sino política a la que sólo se podía responder utilizando el derecho constitucional interno, la CIJ puntualiza que a ella no se le ha preguntado si la declaración de independencia es conforme con alguna norma de derecho interno sino sólo si es conforme al DI, por lo que puede responder a tal cuestión tomando como referencia el DI sin necesidad de indagar en ningún derecho interno. Siguiendo jurisprudencia previa (*Demanda de revisión de la Sentencia núm. 158 del Tribunal administrativo de Naciones Unidas*, opinión consultiva de 12 de julio de 1973), la CIJ recuerda que el hecho de que una cuestión contenga aspectos políticos no basta para privarla de su carácter jurídico, y señala que a él no le concierne la naturaleza política de los motivos que pueden haber inspirado la solicitud de la opinión consultiva o las implicaciones políticas que pudiera tener dicha opinión<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Párr. 41.

<sup>44</sup> En virtud de la cual, si el Consejo de Seguridad deja de cumplir con su responsabilidad en este ámbito debido a la falta de unanimidad de los miembros permanentes, la AGNU examinará el asunto con miras a dirigir a los Estados miembros recomendaciones apropiadas de carácter colectivo para restaurar la paz y seguridad internacionales (párr. 42 de la opinión consultiva). En la opinión consultiva de 9 de julio de 2004, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, la CIJ estableció dos condiciones para que la AGNU pueda aplicar la resolución 377 (V): a) que el Consejo de Seguridad haya dejado de cumplir su responsabilidad principal en materia de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales como consecuencia del voto negativo de uno o varios de sus miembros permanentes; y b) que exista una amenaza contra la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión (párr. 30).

<sup>45</sup> En sus palabras: “The Court cannot determine what steps the General Assembly may wish to take after receiving the Court’s opinion or what effect that opinion may have in relation to those steps. As the preceding paragraphs demonstrate, the General Assembly is entitled to discuss the declaration of independence and, within the limits considered in paragraph 42, above, to make recommendations in respect of that or other aspects of the situation in Kosovo without trespassing on the powers of the Security Council” (párr. 44).

<sup>46</sup> Párr. 27. En efecto, algunos de los participantes en el procedimiento alegaron precisamente que la cuestión formulada por la AGNU no era una cuestión jurídica. De acuerdo con esta alegación, el derecho internacional no regula el acto de formular una declaración de independencia, que sólo podría considerarse como un acto político. En este sentido, mantuvieron que sólo el derecho constitucional interno regula el acto de hacer tal declaración, mientras que la jurisdicción de la CIJ para dar una opinión consultiva está confinada a las cuestiones de derecho internacional. La CIJ puntualiza, en el párr. 26 de la opinión consultiva, que a ella no se le ha preguntado si la declaración de independencia es conforme al

Por último, la CIJ subraya su poder discrecional para dictar o no una opinión consultiva (el art. 65. 1 del Estatuto señala, en este sentido, que la Corte “podrá” emitir una opinión consultiva), si bien añade que, dado que hacerlo se puede considerar como una forma de participar en las actividades de la organización, sólo razones decisivas (*compelling reasons*), que no aprecia en este caso <sup>47</sup>, podrían conducirlo a rechazar pronunciarse<sup>48</sup>.

## **2. La reformulación de la pregunta**

La pregunta formulada por la AGNU fue si la declaración unilateral de independencia formulada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo fue conforme al DI. Como se verá más adelante, y a pesar de las afirmaciones de la CIJ en el sentido de que la cuestión planteada está formulada con claridad y concreción (“*is clearly formulated*”, o “*is narrow and specific*”<sup>49</sup>), la CIJ acaba reformulando la pregunta y acaba respondiendo así a una cuestión distinta a la que le hizo la AGNU.

En efecto, a lo largo de la opinión consultiva, la CIJ introduce elementos que conducen a una reformulación de la pregunta. De ellos, el más significativo está referido a la identidad de los autores de la declaración de independencia, que no resuelve en este estadio preliminar sino sobre la que vuelve posteriormente, cuestión que acabará afectando no sólo a la respuesta, como la CIJ reconoce, sino a la propia formulación de la pregunta efectuada por la AGNU. Sin embargo, la CIJ considera que sería incompatible con el correcto ejercicio de la función judicial tratar tal cuestión como si hubiese quedado predeterminada por la AGNU<sup>50</sup>; en este sentido, se declara libre para examinar el expediente completo y decidir por sí misma si tal declaración fue promulgada efectivamente por una de las instituciones provisionales de autogobierno (la Asamblea de Kosovo) o por otra entidad, que es lo que acaba haciendo<sup>51</sup>.

Desde mi punto de vista, la CIJ tenía que haber abordado la cuestión de la identidad de los autores de la declaración al examinar su jurisdicción en vez de hacerlo al resolver el

---

derecho interno sino sólo si es conforme al Derecho Internacional, por lo que no hay inconveniente al respecto.

<sup>47</sup> La CIJ considera que no existen razones decisivas para declinar ejercer su jurisdicción en relación con la solicitud formulada. Así, el hecho de que, hasta ahora, la declaración de independencia haya sido discutida sólo en el Consejo de Seguridad, y de que haya sido este órgano el que ha actuado en relación con la situación de Kosovo, no constituye a su juicio una razón decisiva para rechazar responder a la solicitud de la AGNU. Además, entiende que la AGNU ha ejercido en el pasado funciones en relación con la situación de Kosovo referidas, en particular, a los aspectos humanitarios o a la financiación de MINUK. Por último, tampoco considera que sea una razón decisiva que le impida pronunciarse el hecho de que, para responder a la cuestión formulada, tenga que interpretar y aplicar disposiciones de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad (véanse párrs. 44-46).

<sup>48</sup> La CIJ también rechaza que la jurisdicción consultiva sea una forma de recurso judicial para los Estados e indica que los motivos que puedan tener los Estados que han promovido o votado a favor de una resolución de la AGNU por la que se solicita una opinión consultiva, son irrelevantes (párr. 33).

<sup>49</sup> Párr. 51.

<sup>50</sup> Párr. 52.

<sup>51</sup> Párr. 54.

fondo del asunto. Y si llegaba a la conclusión, como lo hizo, de que los autores de la declaración no eran la Asamblea de Kosovo, debería haber declinado pronunciarse por encontrarse ante una “razón decisiva”<sup>52</sup>. En efecto, entiendo que, a partir del momento en que la CIJ deja de considerar que el órgano que emitió la declaración de independencia fue la Asamblea de Kosovo (cuya actuación debía ser supervisada por el Representante Especial de la ONU), para identificarlo como un órgano representativo del pueblo kosovar<sup>53</sup>, el asunto escapa de su jurisdicción, a menos que efectúe un análisis de la estatalidad de Kosovo<sup>54</sup> y determine en qué medida ese órgano es el Gobierno de Kosovo teniendo entonces capacidad para actuar en el ámbito internacional. Sin embargo, la CIJ elude analizar dicha cuestión con el argumento de que no es esa la pregunta que le formula la AGNU<sup>55</sup>.

Comparto la afirmación del juez Bennouna, expresada en su opinión disidente, de que la Asamblea General de la ONU no le pidió a la CIJ su parecer sobre cualquier declaración de independencia, y que no esperaba que la Corte se pronunciara sobre una cuestión que no se le había formulado, esto es, sobre una declaración “*issued by a hundred or so persons, unconnected with the United Nations*”<sup>56</sup>. Es muy dudoso, además, que ese

---

<sup>52</sup> En su jurisprudencia previa (opinión consultiva de 30 de marzo de 1950, *Interpretación de los tratados de paz concluidos con Bulgaria, Hungría y Rumanía*, Rec. 1950, pág. 70), la Corte consideró como razón decisiva para abstenerse de contestar la existencia de un asunto perteneciente a la competencia nacional de los Estados (DAILLIER, P., PELLET, A., *Droit International Public*, LGDJ, Paris, 2002, en pp. 909-910). Desde mi punto de vista, al contestar a la pregunta reformulada está admitiendo implícitamente que la cuestión no pertenece a la jurisdicción interna de Serbia.

<sup>53</sup> La CIJ da la razón a los autores de la declaración de independencia que defendieron, en este sentido, que los “miembros de la Asamblea” de Kosovo no eran “la Asamblea” de Kosovo (véase su Exposición escrita de 17 de julio de 2009, en p. 11).

<sup>54</sup> En este aspecto, el juez Skotnikov considera que: “Declarations of independence may become relevant in terms of general international law only when considered together with the underlying claim for statehood and independence” (párr. 17 de su opinión disidente).

<sup>55</sup> Para la CIJ, la AGNU: “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 independent State”. Y, en ese mismo párrafo, más adelante: “the Court does not consider that it is necessary to address such issues as whether or not the declaration has led to the creation of a State or the status of the acts of recognition in order to answer the question put by the General Assembly, the Court accordingly sees no reason to reformulate the scope of the question” (párr. 51). Teniendo en cuenta de qué modo ha reformulado la CIJ la pregunta, realmente llama la atención la afirmación de la Corte de que no ve razón para reformular el alcance de la pregunta.

<sup>56</sup> Párr. 30 y 32 de la opinión disidente del juez Bennouna. Bennouna llega a afirmar que: “the Court amended the question posed in a manner contrary to its object and purpose” (párr. 34). El juez Koroma también indica en su opinión disidente que: “The Court does not have the power to reformulate the question-implicitly or explicitly- to such extent that it answer a question about an entity other than the Provisional Institution of Self-Government of Kosovo” (párr. 3). Véase, también en este sentido, el apartado 12 de la declaración del juez Tomka donde llega a afirmar que el razonamiento seguido por la CIJ es una “*post hoc* intellectual construct”. La Profa. Paz Andrés critica la posición de los Estados que apoyaron esta ficción jurídica que, finalmente, ha acabado admitiendo la CIJ: “los Estados que sostienen esta posición están amparando abiertamente una ficción conforme a la cual un órgano establecido para garantizar una autonomía sustancial de gobierno se puede convertir, de forma unilateral y mediante un acto de transformismo político, en un poder constituyente” (ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “Las dinámicas del Derecho internacional en el siglo XXI: acordes y desacordes”, en: *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales* (XXIII jornadas ordinarias de la

actor tenga legitimidad para actuar en nombre del pueblo kosovar, ya que ese pueblo no es étnicamente homogéneo y, en la reunión en la que se declaró la independencia de Kosovo, no estaban presentes las minorías serbia y gorani, como la propia CIJ reconoce<sup>57</sup>. No obstante, es evidente que el Tribunal ha considerado que el hecho de que la declaración haya sido formulada por esta suerte de Asamblea constituyente no es una razón decisiva para abstenerse de contestar y que, en definitiva, considera que no se encuentra ante un asunto perteneciente a la jurisdicción interna de Serbia<sup>58</sup>.

La segunda modificación es la conversión de la pregunta, que la AGNU formuló en términos positivos (¿permite el DI ... la declaración de independencia?), en una pregunta negativa (¿violó el DI... la declaración de independencia?)<sup>59</sup>. La respuesta dada por la CIJ demuestra esta transformación del sentido de la pregunta, ya que la CIJ acaba respondiendo que la adopción de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no violó el DI general, la resolución 1244 (1999) o el Marco Constitucional por lo que, por consiguiente, la declaración de independencia no violó ninguna regla aplicable de DI. Aunque aparentemente pueda parecer que da igual que la pregunta esté formulada en un sentido positivo o negativo, sin embargo, no lo es ya que de la respuesta de la CIJ formulada en términos negativos se podría inferir, como así lo han hecho algunos medios, equivocadamente, que si el DI no prohíbe la declaración de independencia, entonces la permite, la avala, cosa que tampoco es cierta. El propio CIJ, sin embargo, y a pesar de la reformulación del sentido de la pregunta, parece asumir esta posición al afirmar que es posible que un acto particular no viole el DI sin constituir necesariamente el ejercicio de un derecho conferido por éste<sup>60</sup>.

La transformación del sentido de la pregunta llevada a cabo por la CIJ expresa una opción metodológica de gran calado a favor de la denominada teoría de la libertad residual en detrimento de la teoría de la autorización, tal como ha sido apreciado en sede doctrinal<sup>61</sup>. A este respecto, en su declaración a la opinión consultiva, el juez Simma critica el razonamiento seguido por la Corte, que considera aplicación del principio (previamente utilizado por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el asunto

---

Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales –AEPDIRI– celebradas en la Rioja el 10, 11 y 12 de septiembre de 2009), Iustel, Madrid, 2010, pp. 81-101, en p. 95).

<sup>57</sup> Párr. 76.

<sup>58</sup> El lenguaje utilizado revela que para la CIJ el pueblo de Kosovo no es una minoría nacional (dentro de Serbia) sino que sólo pueden ser consideradas así las que se encuentran dentro de Kosovo.

<sup>59</sup> Para la CIJ la pregunta formulada por la AGNU contrasta con la planteada al Tribunal Supremo de Canadá en el asunto relativo a la secesión de Québec respecto a Canadá, ya que en este caso no se le pregunta (como se le hizo al Tribunal Supremo canadiense) si existía un derecho a “proceder a la secesión”, sino si la declaración de independencia es conforme al DI. Para la CIJ: “The answer to that question turns on whether or not the applicable international law prohibited the declaration of independence” (párr. 56).

<sup>60</sup> Párr. 56.

<sup>61</sup> La teoría de la libertad residual establece que, en DI, es lícito todo lo que no está prohibido. La teoría de la autorización establece que, en DI, sólo es lícito lo que está permitido. Según Tancredi, “la Corte opera una chiara, per quanto non esplicita e non motivata, opzione in favore del principio per cui è lecito tutto ciò che non è vietato (TANCREDI, A., “Il parere della Corte internazionale di giustizia sulla dichiarazione d’indipendenza del Kosovo”, *Revista di Diritto Internazionale*, 2010, vol. XCIII, fasc. 4, pp. 994-1052, en p. 1009).

Lotus) en virtud del cual las restricciones a la independencia de los Estados no pueden ser presumidas debido a la naturaleza consensual del ordenamiento jurídico internacional. A su juicio: “*As the Permanent Court did in that case (...), the Court has concluded in the present Opinion that, in relation to a specific act, it is not necessary to demonstrate a permissive rule so long as there is no prohibition*”<sup>62</sup>. Para Simma este razonamiento muestra una visión del DI obsoleta (“*anachronistic, extremely consensualist*” son sus palabras), y señala que la CIJ debería haber considerado la posibilidad de que el DI pueda ser neutral o incluso que guarde silencio deliberadamente sobre la legalidad internacional de ciertos actos<sup>63</sup>.

A la vez que modifica la pregunta formulada por la AGNU en los dos aspectos señalados, la CIJ restringe su objeto al excluir (por entender que ello no se le ha preguntado), el análisis de las consecuencias jurídicas derivadas de la declaración de independencia en relación con la creación del Estado de Kosovo o también el reconocimiento de Kosovo por terceros países<sup>64</sup>. En relación con esta cuestión, creo que si Serbia se hubiera centrado en consecuencias jurídicas de la declaración de independencia<sup>65</sup> habría evitado que la CIJ eludiese las cuestiones relativas a la estatalidad y al reconocimiento de Kosovo. Probablemente si decidió no promover esta otra cuestión fue porque, de hacerlo, no hubiera contado con los apoyos necesarios para sacar adelante la resolución en la AGNU<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> Párr. 2 de la declaración del juez Simma.

<sup>63</sup> Párr. 3 de su declaración. Personalmente, entiendo que la CIJ matiza, al menos en este apartado, su posición favorable a la teoría de la libertad residual al afirmar que es posible que un acto particular no viole el DI sin constituir necesariamente el ejercicio de un derecho conferido por éste.

<sup>64</sup> Párr. 51. Para el juez Sepúlveda-Amor, la CIJ debería haber examinado la estatalidad de Kosovo puesto que esta cuestión subyace a la pregunta formulada por la AGNU (párr. 34 de su opinión separada). La CIJ está siguiendo en este punto las alegaciones formuladas por los Estados Unidos cuando señala que la cuestión ha sido específicamente formulada para examinar únicamente el acto de la declaración de independencia y no sus consecuencias jurídicas (p. 38 de la Exposición escrita de Estados Unidos).

<sup>65</sup> Así lo hizo la AGNU en anteriores solicitudes de opinión consultiva como en el asunto de las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (opinión consultiva de 9 de julio de 2004) o en el asunto relativo a las *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia* (opinión consultiva de 21 de junio de 1971). Véase, en este sentido, la Exposición escrita de Estados Unidos (p. 38) y de Alemania (p. 4).

<sup>66</sup> En efecto, en este supuesto, la CIJ se habría centrado en la legalidad de la acción no de Kosovo sino de los Estados que han reconocido a Kosovo, por lo que es evidente que éstos no habrían votado a favor de esa resolución de la AGNU (en este sentido, véase: BORGÉN, C. J., “Advisory Opinion, Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo (I.C.J.), *International Legal Materials*, vol. 49, n.º 5, 2010, pp. 1404-1409, en p. 1405). De hecho, en la votación de la resolución 63/3 de la AGNU que formula la pregunta a la CIJ, Estados Unidos votó en contra, y el resto de países europeos que han reconocido a Kosovo se abstuvieron. Al presentar el proyecto de resolución por la que la AGNU solicita la opinión consultiva, Serbia señaló que dicho proyecto era “el denominador común mínimo de las posturas de los Estados Miembros sobre esta cuestión” (A/63/PV.22, pág. 2).

### **3. Una visión incompleta de la cronología de los hechos**

En el apartado relativo a la cronología de los hechos que dieron lugar a la declaración de independencia, la CIJ excluye la intervención de la OTAN, y analiza la situación a partir de la adopción de la resolución 1244 (1999) del Consejo de seguridad en conjunción con el Reglamento 2001/9 que reguló el Marco Constitucional para el establecimiento de las instituciones provisionales de autogobierno (*Constitutional Framework for Provisional Self-Government*).

Es cierto que la opinión consultiva hace referencia a la grave situación humanitaria que se vivía en Kosovo en el momento del “conflicto armado”, y a la necesidad de articular mecanismos internacionales para la administración de la provincia serbia de Kosovo, que se tradujeron en la creación de la MINUK y del Marco Constitucional. Sin embargo, no hay en la opinión consultiva (como tampoco la hubo en la resolución 1244) alusión alguna a las acciones militares de la OTAN, que forman parte indudablemente de este complejo contexto histórico. Estamos, por lo tanto, ante un relato incompleto de la cronología de los hechos, lo que impide que nos hagamos una idea real (con la sola lectura de la opinión consultiva) de las circunstancias que condujeron finalmente a la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008.

Personalmente considero que la intervención militar de la OTAN no podía ser omitida en el contexto fáctico que conduce a la declaración de independencia, ya que jugó un papel decisivo en la evolución de los acontecimientos, hasta el punto de que de no haberse producido dicha intervención militar (y, también es cierto, tras un proceso fracasado de negociación entre las partes), la declaración de independencia de Kosovo no habría recibido tantos apoyos por parte de terceros países (esto es, no se habrían producido los actos de reconocimiento de Kosovo por terceros Estados)<sup>67</sup>. No estoy afirmando que la CIJ tuviese que evaluar en este momento la legalidad de dicha intervención militar<sup>68</sup> sino mencionar este dato esencial en el apartado en el que se está detallando la cronología de los hechos<sup>69</sup>.

No obstante, conviene recordar aquí que la operación militar de la OTAN en Kosovo de 1999 fue una guerra ilegal, ya que fue realizada sin el apoyo del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que hubiera sido imposible de obtener dado el apoyo que Rusia presta a Serbia y dada también la oposición de China. En aquellos días, la OTAN justificó la intervención por razones humanitarias –“evitar que se cause una catástrofe

---

<sup>67</sup> De hecho, hubo una previa declaración de independencia de Kosovo adoptada el 2 de julio de 1990 en el seno de la Asamblea de Kosovo (que dio lugar a la disolución por Serbia de dicha Asamblea), que sólo trajo consigo el reconocimiento de Kosovo como Estado independiente por parte de Albania (STRAZZARI, F., *loc. cit.*, en p. 5). La pregunta es por qué en este caso todo fue diferente. La respuesta apunta a la existencia de una conexión entre la declaración de independencia y el contexto histórico en que ésta se formuló, tras la guerra de Kosovo y un proceso de negociación que acabó en fracaso, lo que fue favorable a una solución “realista” del conflicto.

<sup>68</sup> Se trata de una cuestión sobre la que la CIJ ha rechazado pronunciarse como he indicado anteriormente (véase nota pie de página núm. 10).

<sup>69</sup> La opinión separada del juez Cançado Trindade incide especialmente en los aspectos relacionados con las violaciones de derechos humanos por parte de las tropas serbias.

humanitaria mayor”<sup>70</sup>-, pero no hubo entonces ni ha habido posteriormente consenso para incorporar como nueva excepción al principio de prohibición del uso de la fuerza del art. 2. 4 de la Carta de NNUU lo que se ha dado en llamar derecho de injerencia humanitaria<sup>71</sup>. Todo lo más que se ha producido en la ONU es el reconocimiento de la “responsabilidad de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad”, que incumbe tanto a los Estados como a la propia comunidad internacional; y pasa, en el caso de Naciones Unidas, por la adopción de “medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, por medio del Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta, incluido su Capítulo VII, en cada caso concreto y en colaboración con las organizaciones regionales pertinentes”<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Véase la declaración de prensa del Dr. Javier Solana, Secretario General de la OTAN, 23 de marzo de 1999 (*Meridiano Ceri*, abril 1999, núm. 26, en p. 26).

<sup>71</sup> A raíz de dicha intervención militar, surgió un discurso que sostenía la necesidad de tener en cuenta que la guerra fue, aunque ilegal, legítima puesto que su objetivo lo era. Tal discurso viene planteando desde entonces la difícil dicotomía entre legalidad y legitimidad. Como señala Martín y Pérez de Nanclares, “de consolidarse, vendría a suponer un estrepitoso fracaso del Derecho frente a la política, un triunfo de los hechos consumados frente a las obligaciones jurídicas derivadas de la norma internacional” (MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El Derecho Internacional Público ante los interrogantes de una sociedad internacional en cambio permanente: ¿Hacia una cierta relativización de su carácter jurídico, internacional y público?”, en: *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales* (XXIII jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales –AEPDIRI- celebradas en la Rioja el 10, 11 y 12 de septiembre de 2009), Iustel, Madrid, 2010, pp. 29-52, en p. 48). Para Remiro Brotóns, “la acción de Kosovo, tal y como fue ejecutada, demuestra que los gobiernos democráticos pueden implicarse en violaciones del Derecho Internacional Humanitario y, probablemente, en la comisión de crímenes de guerra” (REMIRO BROTONS, A., “El nuevo orden contra el Derecho Internacional: El caso de Kosovo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2000, núm. 1, 14 pp., en p. 8). Según Rigaux, la intervención de la OTAN no fue ni legal ni legítima ya que no se agotaron las posibilidades de negociación para que Serbia depusiera su comportamiento (RIGAUX, F., *Guerres et interventions dans Sud-Est Européen*, Pedone, Paris, 2004, en p. 221).

<sup>72</sup> Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005, A/RES/60, párrs. 138 y 139. No se entienden, en este sentido, las palabras de Javier Solana cuando señala que la guerra “se hizo en defensa de unos ideales como la responsabilidad de proteger que pocos años después entró en la Carta de las Naciones Unidas. De hecho, al poco de acabar la guerra, Kofi Annan visitó Bruselas y dio una conferencia de prensa conmigo, apoyándome. Se lo agradecí mucho” (*op. cit.*, en p. 109). Sin embargo, el documento Final de la Cumbre Mundial de 2005, que no la Carta de Naciones Unidas, no admite la posibilidad de recurrir a la fuerza por razones humanitarias si no hay una previa decisión del Consejo de Seguridad, como hemos señalado. Boisson de Chazournes y Condorelli señalan que, aunque en algunos documentos que precedieron a la adopción del Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005 se contempló la posibilidad de que, en este tipo de situaciones, los miembros permanentes del Consejo de Seguridad se abstuviesen de ejercer su derecho de veto, “le document final garde, quant à lui, un silence impénétrable sur ces questions essentielles et prolonge donc l’incertitude existante, puisqu’il n’accueille ni ne repousse aucune des thèses qui s’affrontent actuellement dans la communauté internationale” (BOISSON DE CHAZOURNES, L., CONDORELLI, L., “De la “responsabilité de protéger” ou d’une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie”, *RGDIP*, 2006, núm. 1, t. 110, pp. 11-18, en p. 17). Con posterioridad, el *Informe sobre cómo hacer efectiva la responsabilidad de proteger* presentado por el Secretario General de las Naciones Unidas el 12 de enero de 2009 sugiere, como posible forma de evitar la parálisis que supone el ejercicio del derecho de veto en el Consejo de Seguridad, que los miembros permanentes de dicho órgano se abstengan de ejercer su derecho de veto. Sin embargo, va a ser difícil ir más allá entre otros motivos porque muchos Estados siguen considerando que la responsabilidad de proteger es “una máscara para la intervención” (CERVELL HORTAL, M. J., “Análisis y críticas del Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la manera de hacer efectiva la responsabilidad de proteger”, en: *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales* (XXIII jornadas ordinarias de la

La implicación del Consejo de Seguridad en estos casos es necesaria<sup>73</sup>, una circunstancia que no se ha dado aquí pero que resulta relevante ya que, de existir la conexión entre la guerra de Kosovo y la posterior declaración de independencia, ésta quedaría también viciada de ilicitud así como actos subsiguientes de reconocimiento de Kosovo por parte de terceros Estados. Sin embargo, como veremos a continuación, la CIJ parece excluir la existencia de tal relación causal (no se sabe bien si ello se debe al lapso de tiempo transcurrido entre la guerra de Kosovo y la declaración de independencia o, simplemente, porque, en su opinión consultiva, se omite, como vemos, cualquier referencia a la guerra de Kosovo).

#### **4. Por qué la Declaración de independencia no es contraria al DI.**

La CIJ considera que la declaración de independencia de Kosovo no fue contraria al DI. Para llegar a tal la conclusión, la CIJ aplica un razonamiento silogístico que consta de dos premisas: a) el DI general no prohíbe que se efectúen declaraciones de independencia; y b) quienes formularon la declaración de independencia de 20 de febrero de 2008 actuaban, no en su calidad de miembros de la institución provisional de autogobierno reconocida por la ONU (la Asamblea de Kosovo) sino en tanto que representantes del pueblo de Kosovo, esto es, como una suerte de Asamblea constituyente, por lo que no quedaban obligados por la resolución 1244 (1999), que ni siquiera los menciona. La consecuencia para la CIJ es que, por lo tanto, el DI no prohíbe

---

Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales –AEPDIRI– celebradas en la Rioja el 10, 11 y 12 de septiembre de 2009), Madrid, Iustel, 2010, pp.483-492, en p. 491). La práctica reciente pone de manifiesto los abusos en la utilización del concepto *responsabilidad de proteger* como justificación de intervenciones no autorizadas por la ONU. Así, Estados Unidos y Reino Unido se refirieron a las graves violaciones de los derechos humanos cometidas por Sadam Hussein como forma de legitimar la invasión de Irak de 2003. El primer ministro ruso Sergei Lavrov también utilizó este concepto en la invasión rusa de Georgia de 2008. Ello justifica las críticas efectuadas por determinados países (Cuba, Venezuela, Sudán, Pakistán, Nicaragua) en la sexagésima tercera sesión de la Asamblea General de la ONU en relación con dicho concepto (PAYANDEH, M., “With Great Power Comes Great Responsibility? The Concept of the Responsibility To Protect Within the Process of International Law Making”, *The Yale Journal of International Law*, pp. 469-516, en p. 508).

<sup>73</sup> El Consejo de Seguridad está empezando a asumir su propia responsabilidad de proteger a determinadas poblaciones que sufren violaciones masivas de los derechos humanos, como lo corrobora su Resolución 1593 (2005) por la que decidió remitir la situación de Darfur al Fiscal de la Corte Penal Internacional. Como consecuencia de ello, este Tribunal ha dictado dos órdenes de detención del Presidente de Sudán Omar Asma Ahmad Al Bashir por su supuesta responsabilidad en los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en dicha región sudanesa. Según Quispe Remón: la trascendencia de este caso es que “sienta un precedente para el futuro, dado que cualquier persona de un Estado, sea éste parte o no de la CPI, que cometa crímenes de competencia de la Corte, puede correr la misma suerte que Omar Al Bashir y otros funcionarios de Sudán. Marca un hito en la lucha contra la impunidad, aunque la efectividad de dicho mandato está aún por verse” (QUISPE REMÓN, F., “La Corte Penal Internacional y Sudán: el mandato de detención para Omar Al Bashir”, *REDI*, 2009, vol. LXI, 2, pp. 541-545, en p. 544). Sus palabras se han confirmado recientemente, cuando el Consejo de Seguridad remitía al Fiscal de la Corte Penal Internacional la situación imperante en Libia (tras la represión armada efectuada por el régimen de Gadafi contra la población civil durante las manifestaciones contra dicho régimen en febrero de 2011). Véase la Resolución 1970 (2011), de 26 de febrero de 2011. La AGNU, por su parte, ha decidido expulsar a Libia del Consejo de Derechos Humanos.

a los autores de la declaración de independencia que la formulen. Veamos ambos aspectos:

A) El DI general no prohíbe que se efectúen declaraciones de independencia.

En efecto, para la CIJ, el DI general no contiene una prohibición de efectuar declaraciones de independencia por lo que la declaración de 17 de febrero no viola el DI general. A su juicio, es así, básicamente porque: a) En ningún caso la práctica de los Estados a partir del siglo XVIII sugiere que el acto de promulgar una declaración sea contrario al DI; b) No cabe aplicar el principio de integridad territorial regulado en el art. 2. 4 de la Carta de Naciones Unidas, en la Resolución 2625 (XXV) de la AGNU o en el Acta Final de Helsinki, ya que dicho principio queda confinado a la esfera de las relaciones entre Estados (de lo que se infiere que no se aplica a las relaciones que involucran a actores no estatales)<sup>74</sup>; c) Es cierto que el Consejo de Seguridad ha condenado la formulación de declaraciones de independencia en determinados conflictos (Rhodesia, Chipre, República Srpka) pero, en tales casos, la ilegalidad de las declaraciones resultaba, no de su carácter unilateral, sino del hecho de que estuviesen conectadas (“*were or would have been, connected*”) con el uso ilícito de la fuerza o de otras infracciones graves de las normas del DI general, en particular las de carácter imperativo o de *jus cogens* (la CIJ señala que, en el caso de Kosovo, el Consejo de Seguridad nunca tomó esta posición)<sup>75</sup>; y d) Por último, entiende que no es necesario entrar a analizar la cuestión, planteada por algunos terceros intervinientes, de si la población de Kosovo tiene el derecho a crear un Estado separado, bien como una manifestación del derecho de libre determinación de los pueblos o como consecuencia del ejercicio “de lo que ellos describen como un derecho de secesión correctiva”, ya que, para la CIJ, dicha cuestión queda fuera del alcance de la cuestión planteada por la AGNU, que solo ha preguntado si la declaración de independencia es conforme al DI.

De todos los apartados de la opinión consultiva este es el más relevante y discutible. Afirmando, basándose en una interpretación literal de las normas que regulan el principio de integridad territorial<sup>76</sup>, que dicho principio queda relegado a las relaciones entre Estados, supone considerarlo inaplicable a situaciones de naturaleza interna (en las que quedan implicados actores no estatales) como pueden ser los procesos de secesión<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Véase el párrafo 80 de la opinión consultiva en el que la CIJ señala que: “The scope of the principle of territorial integrity is confined to the sphere of relations between States”. Ello parece excluir también a aquellas relaciones en que quedan involucradas organizaciones internacionales.

<sup>75</sup> Sigue, en este punto, las alegaciones de Estados Unidos cuando indica que la declaración de independencia de Kosovo no fue acompañada de ninguna violación del DI, como una forma de apoyar su legalidad frente a otras declaraciones de independencia, como la de Rhodesia, que conllevaron el establecimiento de un régimen de apartheid, por lo que fueron consideradas ilegales (p. 45 de la Exposición escrita de Estados Unidos).

<sup>76</sup> Art. 2. 4 de la Carta de las Naciones Unidas; resolución 2625 (XXV) de la AGNU que contiene la Declaración sobre los principios de derecho internacional referidos a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas; Acta Final de la Conferencia de Helsinki sobre Seguridad y Cooperación en Europa.

<sup>77</sup> También quedaría excluido de las relaciones en que estén implicadas organizaciones internacionales.

Ello parece ser así a menos que la declaración de independencia esté conectada con el uso ilícito de la fuerza y sea condenada por el Consejo de Seguridad mediante una resolución adoptada de conformidad con el capítulo VII de la Carta, tal como ocurrió, según la CIJ, en los casos concretos de las declaraciones de independencia formuladas en los conflictos de Rhodesia, Chipre y la República Srpka. La omisión de la declaración de independencia de Kosovo revela que, para la Corte, en el caso de Kosovo, o tal declaración no tuvo nada que ver con la intervención militar de la OTAN o que, existiendo la conexión entre la declaración de independencia y el uso ilícito de la fuerza, el Consejo de Seguridad no la condenó. Por lo tanto, la CIJ parece eliminar la existencia de un vínculo causal entre la intervención militar de la OTAN y la declaración de independencia de 2008<sup>78</sup>, lo que incide en la legalidad de la declaración y puede repercutir en la legalidad de los actos de reconocimiento de Kosovo.

En cualquier caso, hacer descansar el respeto del principio de la integridad territorial en una decisión que depende de un órgano político sometido a la posibilidad de ejercicio del derecho de veto por parte de sus miembros permanentes, implica dejar desprotegidos a los Estados que tengan problemas de separatismo (y no cuenten, claro está, con los apoyos necesarios en dicho órgano). Por lo tanto, el caso de Kosovo puede no ser tan único como se nos quiere hacer ver. Por el contrario, la opinión consultiva de Kosovo tiene trascendencia para cualquier Estado que tenga problemas de separatismo que, salvo que cuente con los apoyos necesarios, sabe que ha quedado desprotegido. En este sentido, en su opinión disidente, el juez Koroma advierte de lo peligroso que es este caso para la estabilidad internacional, llegando a calificar la opinión consultiva como “*a guide and instruction manual for secessionist groups the world over*”<sup>79</sup>.

La CIJ también ignora la incidencia que hubiera podido tener en este ámbito la cuestión crucial (que plantea la resolución 2625 (XXV) de la AGNU) de la relación existente entre el principio de integridad territorial y el principio de libre determinación de los pueblos, y en qué circunstancias el principio de integridad territorial constituye un límite al derecho de libre determinación de los pueblos<sup>80</sup>. Y excluye de su análisis la importante (y difícil) cuestión de cuál sea el trato que el Estado dispensa a su población, esto es, las consideraciones relativas a una posible secesión correctiva o secesión como sanción por la violación de los derechos humanos (“*remedial secession*”), en este caso

---

<sup>78</sup> Según Tancredi, la CIJ parece haber acogido la tesis de la discontinuidad causal entre la intervención de la OTAN y la declaración de independencia (*loc. cit.*, pág 1021).

<sup>79</sup> Párr. 4.

<sup>80</sup> En efecto, la resolución 2625 (XXV) contiene una cláusula de salvaguardia según la cual: “Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color”. Por lo tanto, si un Estado no discrimina por tales motivos a una parte de su población, prevalecería el principio de integridad territorial. Ésta es la argumentación de Serbia ante la CIJ. Sin embargo, la Corte no examina, como vemos, esta importante cuestión.

en Kosovo<sup>81</sup>; una alegación que había sido planteada en las Exposiciones escritas de los Estados que defendieron la legalidad de la declaración de independencia de Kosovo así como en la de los autores de la declaración de independencia<sup>82</sup>. Desde mi punto de vista, la declaración de independencia no se puede entender como otra cosa que como el ejercicio del derecho de autodeterminación (en su variante de derecho de secesión correctiva) que estiman tener quienes formularon la declaración de independencia. En esta medida, aunque de una forma indirecta, en la pregunta formulada por la AGNU está implícita la cuestión de si el derecho de autodeterminación en la era post-colonial confiere a una parte de la población (en este caso la de Kosovo) el derecho a separarse de un Estado (Serbia) que ha vulnerado de forma grave y repetida sus derechos humanos. Ha sido esa falta de consenso entre los Estados en el momento actual (en el que existe, según la CIJ, “*a sharp difference of views*”), en definitiva, la ausencia de suficiente práctica y de *opinio iuris* al respecto, lo que ha llevado a la CIJ a pasar por alto una conexión tan evidente<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> En este sentido, puede verse también la opinión separada del juez Yusuf (párrs. 7-17) quien distingue, siguiendo la opinión consultiva del Tribunal Supremo canadiense sobre el derecho a la secesión de Québec (*Referente re. Secesión of Québec*), entre un derecho de autodeterminación interna (que equivale al disfrute de derechos de participación política) y un derecho de autodeterminación externa (que equivaldría a un derecho a la secesión y que se aplicaría en casos de violaciones sistemáticas de los derechos humanos), y considera que la CIJ perdió la oportunidad de pronunciarse al respecto en el caso específico de Kosovo. En dicha opinión consultiva, el Tribunal Supremo canadiense siguió el dictamen emitido por los profesores James Crawford y Luzius Wildhaber para los que el ordenamiento jurídico internacional “no otorga un derecho positivo a la secesión unilateral de una parte del Estado. Este derecho tampoco puede provenir de la ausencia de prohibición específica, porque el Derecho internacional acentúa de manera especial la integridad territorial de los Estados y sólo reconoce un derecho a la libre determinación externa, es decir a la secesión, en circunstancias excepcionales. En todos los demás casos, siempre propone el desarrollo de una autonomía política, económica, social y cultural dentro del contexto de los Estados a través de lo que hoy se conoce como libre determinación interna” (ESPÓSITO, C., “Quebec secesión unilateral y Derecho Internacional, *Meridiano Ceri*, 1998, núm. 24, pp. 10-13, en p. 12). Sobre esta cuestión, véase también BORGÉN, C. J., “Introductory note to Kosovo’s Declaration of Independence”, *International Legal Materials*, vol. 47, núm. 4, 2008, pp. 461-466, en p. 462. En su obra *The Creation of Status in International Law*, Crawford identifica como *unidad con derecho a la autodeterminación* a las entidades de un Estado metropolitano que han sido gobernadas de tal manera que se han convertido en territorios sujetos a una *carencia de soberanía*, y cita como ejemplos Blangladesh, Kosovo y “quizás” Eritrea (*op. cit.*, en p. 126). Por su parte, Corten considera que la teoría de la secesión correctiva no ha sido aceptada hasta la fecha (CORTEN, O., “Déclarations unilatérales d’indépendance et reconnaissances prématurées du Kosovo à l’Ossétie du Sud et à l’Abkhazie”, *RGDIP*, 2008-4, pp. 721 ss., en p. 726).

<sup>82</sup> La Federación Rusa y Serbia señalan que no cabe una secesión correctiva ya que, desde el año 2000, la población albanesa de Kosovo no estaba expuesta a los riesgos de discriminación sino que, más bien, tal situación ha sido la que ha vivido desde entonces la comunidad étnica serbia en Kosovo (Exposición escrita de la Federación rusa, en pp. 12-13 y p. 27; Exposición escrita de Serbia en p. 57). Para los autores de la declaración de independencia, este tipo de afirmaciones demuestran que Serbia no ha llevado a cabo una verdadera comprensión del pasado y que siguen considerando a Kosovo esencialmente como un territorio, y no como un pueblo que en su inmensa mayoría rechaza su autoridad porque le ha negado su derecho de autodeterminación y porque fue víctima en el pasado de violaciones masivas de los derechos humanos (Exposición escrita de los autores de la declaración de independencia de 17 de julio de 2009, en p. 54). Véase también, en esta línea, la Exposición escrita de Alemania (en p. 24).

<sup>83</sup> El reciente informe del Consejo de Europa denunciando los crímenes perpetrados por los albanos-kosovares iría, en este caso, concreto, en contra de la aplicación de la tesis de la secesión correctiva. Véase la última nota a pie de página de este trabajo.

B) El DI particular tampoco contiene una prohibición específica que pueda aplicarse a los autores de la declaración de independencia.

Tras analizar el DI general, la CIJ entra a examinar el DI particular aplicable a las declaraciones de independencia entendiendo por tal la resolución 1244 (1999) y el Marco Constitucional<sup>84</sup>. A partir de aquí se cuestiona si la declaración de independencia de Kosovo es conforme a dicho marco normativo, lo que implica, a su juicio, determinar, en primer lugar, la identidad de los autores de la declaración y, en segundo lugar, si éstos actuaron en violación del DI aplicable.

a) En lo que concierne a la primera cuestión, como he apuntado anteriormente, la CIJ llega a la conclusión de que quienes formularon la declaración actuaban, no en su calidad de miembros de la institución provisional creada por la ONU (la Asamblea de Kosovo), sino como representantes del pueblo de Kosovo, esto es, como una suerte de Asamblea constituyente de Kosovo, por lo que no quedaban obligados por la resolución 1244 (1999), que ni siquiera los menciona<sup>85</sup>. En efecto, efectuando una apreciación subjetiva, entiende que no actuaron como Asamblea de Kosovo sino como el pueblo de Kosovo. Para demostrarlo analiza el lenguaje y el procedimiento utilizado, que difería del seguido habitualmente por la Asamblea de Kosovo<sup>86</sup>. También tiene en cuenta la reacción, que no hubo, del Representante Especial que normalmente debería haber actuado, como lo había hecho en el pasado, si hubiese considerado que la Asamblea de Kosovo actuaba *ultra vires*, anulando sus actos. En este sentido, su silencio es

---

<sup>84</sup> Desestima, de este modo, la alegación formulada por algunos intervinientes de que el Marco Constitucional era un acto de derecho interno y no de DI por lo que no debería ser tenido en cuenta por la Corte. La CIJ deriva el carácter jurídico internacional de los Reglamentos de MINUK -incluyendo el reglamento 2001/9, que promulgó el Marco Constitucional- del hecho de que han sido adoptados por el Representante Especial del Secretario General sobre la base de la autoridad derivada de la resolución 1244 (1999). A través de dichas normas se estableció una administración internacional en el territorio de Kosovo como medida excepcional, provisional y de motivación humanitaria.

<sup>85</sup> Según la CIJ, el lenguaje utilizado por los autores de la declaración demuestra que ellos no pretendieron actuar dentro del marco estándar establecido por la administración interina de Kosovo sino que su objetivo era establecer Kosovo como Estado independiente y soberano. Para la CIJ, ellos no actuaron ni pretendieron hacerlo como institución creada y con poder para actuar en la fase interina sino que adoptaron una medida cuyo significado y efectos caen fuera de tal orden (párr. 105). Tal conclusión queda reforzada, a su juicio, por el hecho de que los autores de la declaración quisieran cumplir las obligaciones internacionales de Kosovo y que declararan solemnemente que Kosovo quedaba obligada en relación con terceros países mientras que, bajo el régimen interino regulado por el Marco Constitucional, todas las cuestiones relativas a las relaciones exteriores de Kosovo eran una prerrogativa exclusiva del Representante Especial del Secretario General (párr. 106). Es el mismo argumento sostenido por Gran Bretaña: “The Declaration was made by the democratically elected leaders of Kosovo reflecting the Will of the people. It is correctly construed as a declaration made by the representatives of the people of Kosovo meeting within the Assembly, not a resolution of the Kosovo Assembly acting *ultra vires* the powers accorded to it by the 2001 Constitutional Framework” (pág. 71 de la Exposición escrita de Gran Bretaña).

<sup>86</sup> Según la CIJ, en la declaración de independencia se utilizan los términos “Nosotros, líderes democráticamente elegidos de nuestro pueblo” que, además, preceden a la declaración de independencia. También indica que la declaración fue firmada por el Presidente, que no era miembro de la Asamblea de Kosovo y que no se envió al Representante Especial para su publicación, con el objetivo de demostrar que la declaración no fue obra de la Institución provisional de autogobierno de Kosovo.

interpretado en el sentido de que no estimó que la declaración de independencia fuera un acto de las instituciones provisionales de autogobierno<sup>87</sup>. Y todo ello a pesar de que la CIJ menciona que el informe del Secretario General de la ONU sobre la Misión de la Administración Interina de Naciones Unidas remitido al Consejo de Seguridad identificó a los autores de la declaración como la Asamblea de Kosovo, ya que la CIJ considera que éste no pretendía efectuar un análisis jurídico de la declaración o de la calidad en que habían actuado quienes la formularon<sup>88</sup>. En este aspecto, cabe apreciar una contradicción en el razonamiento de la CIJ, ya que no se entiende que, en el primer caso, su apreciación se base en la consideración que los autores de la declaración tenían de sí mismos como representantes del pueblo de Kosovo, mientras que, en el segundo, corrija la calificación que de ellos da el Secretario General de la ONU (y también la AGNU y, por supuesto, Serbia)<sup>89</sup>.

Así, concluye que los autores de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no actuaron como instituciones provisionales de Autogobierno dentro del Marco Constitucional sino *más bien* como personas que actuaban conjuntamente en su capacidad de representantes del pueblo de Kosovo y fuera del marco de la administración interina<sup>90</sup>. De esta forma, la CIJ rompe cualquier vínculo entre quienes formularon la declaración de independencia y las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo regidas por el DI, lo cual es sorprendente teniendo en cuenta que la CIJ recuerda que los autores de la declaración actuaron en tanto que líderes democráticamente elegidos por el pueblo de Kosovo (la declaración de independencia comienza así: “*We, the democratically-elected leaders of our people*”). En este sentido, me parece muy acertada la observación de Tancredi cuando señala que: “*se è vero che la dichiarazione fu proclamata dai “democratically-elected leaders of our people” assisi n’ell’Assemblea del Kosovo, è lecito chiedere da quale strumento normativo gli “eletti” traessero in quel momento, cioè alla data critica del 17 febbraio 2008 (e non ex post facto) la loro veste ed autorità se non dal quadro costituzionale?*”<sup>91</sup>. Esto es, sólo el Marco Constitucional ha permitido otorgarles el carácter democrático que se atribuyen.

b) La cuestión se dirige entonces a determinar si la Resolución 1244 y las medidas adoptadas de conformidad con ella (el Marco Constitucional) prohíben a los autores de la declaración proclamar la independencia de Kosovo respecto de la República de Serbia. Coincidiendo de nuevo con el parecer de los autores de la declaración y de los Estados que han apoyado la independencia de Kosovo, la CIJ determina que: a) La resolución 1244 (1999) sólo rige en el marco del régimen provisional y no en relación con el estatuto final de Kosovo<sup>92</sup> (mientras que la declaración de independencia se sitúa

<sup>87</sup> Es la misma línea argumental de Estados Unidos (véanse págs. 70 y 71 de su Exposición escrita) o de Alemania (p. 28 de su Exposición escrita).

<sup>88</sup> Párr. 108.

<sup>89</sup> En la Resolución 63/3 en la que la AGNU solicita la opinión consultiva se lee: “Recordando que el 17 de febrero de 2008 las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo declararon su independencia de Serbia”. La pregunta, por supuesto, va también referida a dicho órgano.

<sup>90</sup> Párr. 109.

<sup>91</sup> *Loc. cit.*, en p. 1047.

<sup>92</sup> Párr. 112. Además, a su juicio, la práctica contemporánea del Consejo de Seguridad revela que cuando éste decide establecer condiciones restrictivas sobre el estatuto permanente de un territorio, tales

en una fase posterior, relativa al estatuto final de Kosovo), lo que implica que la resolución 1244 (1999) no impide que se efectúe la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008, ya que los dos instrumentos operan a distintos niveles (a diferencia de la resolución 1244 (1999), la declaración de independencia es un intento de determinar el estatuto final de Kosovo); y b) La resolución 1244 (1999) solo va dirigida a los Estados y no a un actor como el que formuló la declaración<sup>93</sup>. Por consiguiente, la CIJ concluye que la resolución 1244 (1999) no prohíbe a los autores de la declaración efectuar una declaración de independencia respecto a Serbia por lo que, a su juicio, no violó la resolución 1244 (1999).

#### **IV. CONSIDERACIONES FINALES**

La opinión consultiva es, como hemos podido comprobar, un permanente ejercicio por parte de la CIJ de elusión de las normas internacionales que hubieran podido ser utilizadas para resolver el caso. La CIJ considera que no cabe aplicar el principio de integridad territorial (en el que podría considerarse implícita la prohibición de efectuar declaraciones de independencia), ya que dicho principio queda confinado a la esfera de las relaciones entre Estados. Elude también la cuestión de si el DI, fuera del contexto de la descolonización, confiere a una parte de la población de un Estado el derecho a separarse (que va implícito en la formulación de una declaración de independencia), por considerar que dicha cuestión no se le ha formulado. Y considera que la resolución 1244 (1999) no resulta operativa, ya que no contiene ninguna disposición relativa al estatuto final de Kosovo ni contempla ninguna mención que prohíba efectuar esta concreta declaración de independencia. Ello le acaba conduciendo a la situación de vacío jurídico que denuncia el juez Koroma, y que resulta sorprendente teniendo en cuenta el papel fundamental que desempeñaba NNUU en el conflicto de Kosovo, incluyendo el mandato de UNMIK la garantía de los principios de soberanía e integridad territorial de la RFY. Desde mi punto de vista, como mínimo, UNMIK tenía la responsabilidad de evitar que el proceso de negociación que se estaba desarrollando fuese dinamitado de este modo, y la CIJ la obligación de garantizarlo.

A la sensación de que nos encontramos ante un razonamiento esquivo para con el DI, que parece haber sido construido a partir de la conclusión alcanzada (“a *post hoc*

---

condiciones se especifican de modo explícito, como hizo en el caso de Chipre. De este modo: “Resolution 1244 (1999) thus does not preclude the issuance of the declaration of independence of 17 February 2008 because the two instruments operate on a different level: unlike resolution 1244 (1999), the declaration of independence is an attempt to determine finally the status of Kosovo” (párr. 114).

<sup>93</sup> En efecto, el segundo argumento utilizado por la CIJ es que la resolución 1244 (1999) va dirigida a los Estados y pretende crear obligaciones y autorizaciones para los Estados miembros de Naciones Unidas y para los órganos de la ONU, mencionando sólo a otros actores en un epígrafe referido a la desmilitarización del UCK. Por lo tanto, para la Corte, a diferencia de otras resoluciones previas del Consejo de Seguridad referidas a la situación de Kosovo que mencionaban al líder de los albanos-kosovares, ésta no contiene más prohibiciones dirigidas a otros actores o su lenguaje es, como mínimo, ambiguo en este aspecto. Por lo tanto, para la CIJ, el objetivo y propósito de esta resolución: “is the establishment of an interim administration for Kosovo, without making any definitive determination on final status issues” (párr. 118).

*intellectual construct*” en palabras del juez Tomka<sup>94</sup>), contribuye especialmente la reformulación de la pregunta que conlleva, entre otras cosas, la identificación de los autores de la declaración de independencia como representantes del pueblo de Kosovo y no como miembros de la institución provisional de autogobierno regida por la resolución 1244 (1999) y por el Marco Constitucional de la ONU. En este sentido, la CIJ da más peso a la consideración que los autores de la declaración de independencia tienen de sí mismos que a la del Estado del que se han separado y a la que le reconocen algunos de los órganos principales de las NNUU (AGNU, Secretario General). Todos los vínculos entre la declaración de independencia y las NNUU van quedando progresivamente cercenados para entrar, finalmente, en un espacio y un tiempo en el que no existe derecho aplicable, por lo que éste no puede ser violado<sup>95</sup>.

Con todo, desde mi punto de vista, la trascendencia de la opinión consultiva no está tanto en que la CIJ haya afirmado que la declaración de independencia de Kosovo no es contraria al DI. Esto es algo que casi se podía dar por sentado (puesto que el DI no regula el proceso que conduce a la creación de Estados<sup>96</sup>), siempre que se añada que tampoco constituye el ejercicio de un derecho conferido por éste (como lo hace la CIJ en el apartado de la opinión consultiva relativo al alcance y significado de la cuestión). Lo grave del asunto es que la CIJ ha precisado que el principio de la integridad territorial queda relegado a las relaciones entre Estados y que, si se quiere otra situación en el estadio actual del DI, ésta debe pasar por una decisión del Consejo de Seguridad adoptada de conformidad con el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. Vuelvo a recordar que el Consejo de Seguridad es un órgano político que está condicionado por un sistema de adopción de decisiones que confiere a cinco países –sus miembros permanentes– el derecho de veto. Por eso se puede cuestionar la opinión de los países que han apoyado la independencia de Kosovo cuando señalan que Kosovo es un caso único, y que no constituye un precedente, porque tampoco ellos están en condiciones de asegurar que el Consejo de Seguridad vaya a actuar en este sentido ante situaciones similares. El futuro nos indicará hasta qué punto la independencia de Kosovo ha animado otros procesos de secesión<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> Párr. 12 de su declaración.

<sup>95</sup> En este sentido, el juez Bennouna critica el que la CIJ haya examinado la declaración de independencia como si hubiera surgido en un orden jurídico indeterminado (párr. 68 de su opinión disidente).

<sup>96</sup> Como hemos visto, a juicio de la CIJ, la ilegalidad de una declaración de independencia sólo puede derivar del hecho de que ésta haya ido acompañada de un uso ilícito de la fuerza o de otras infracciones graves de las normas del Derecho Internacional general, en particular de aquéllas que tienen un carácter imperativo (*jus cogens*). Tal circunstancia debe ser apreciada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En este sentido, Tams afirma que la opinión consultiva es reflejo de un estado del derecho internacional que es muy insatisfactorio (TAMS, C., “The Kosovo opinion, *EJIL:Talk!*, 6.8.2010, [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org)).

<sup>97</sup> Kosovo ya ha sido utilizado como precedente por Rusia al reconocer la independencia de los territorios separatistas georgianos de Abjasia y Osetia del Sur (*El País*, 27 de agosto de 2008). Hay que señalar, sin embargo, que Abjasia y Osetia del Sur no son casos comparables a Kosovo ya que aquí sí regiría la resolución 2625 (XXV) al haber sido Rusia la que ha fomentado el proceso de secesión.

Tras la opinión consultiva Serbia ha reaccionado aceptando el diálogo con Kosovo auspiciado por la Unión Europea (UE, en adelante)<sup>98</sup>, aunque sigue afirmando que no reconoce la declaración de independencia de Kosovo<sup>99</sup>. Con su intervención, la UE asume una función necesaria, que quedó postergada, como hemos visto, durante toda la etapa previa a la intervención militar de la OTAN (y hasta 2007 cuando comenzó a actuar en la llamada Troika para Kosovo). La UE deja, por lo tanto, de eludir su responsabilidad en la estabilidad de los Balcanes. No va ser ésta, sin embargo, una labor fácil. Primero, porque debe de llevar a cabo un proceso de acercamiento entre Serbia y Kosovo (que trata de resolver mediante su integración futura en este espacio de integración<sup>100</sup>). Y segundo, porque también debe acercar las posiciones de los propios países miembros de la UE, algunos de ellos temerosos del precedente que parece haber sentado la independencia de Kosovo por sus repercusiones internas. El reciente informe del relator de derechos humanos del Consejo de Europa sobre la actividad criminal de quien hoy es su Primer Ministro (tras las elecciones de diciembre de 2010)<sup>101</sup> no va a ayudar precisamente a resolver este doble embrollo al que se enfrenta la UE, aunque no

---

<sup>98</sup> Concretamente, el pasado 9 de septiembre de 2010 Serbia presentó conjuntamente con la UE ante la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) un proyecto de resolución, que ha sido aprobado por consenso, en el que la AGNU “reconoce el contenido” de la opinión consultiva de la CIJ y “acoge con beneplácito” la disposición de la UE a facilitar un proceso de diálogo entre las partes”, como factor de paz, seguridad y estabilidad en la región (Asamblea General, A/RES/64/298, de 13.10.2010).

<sup>99</sup> Doc. AGNU A/64/PV. 120, pág. 2. Para Serbia, Kosovo es la cuna de su identidad nacional. En este sentido, en sus alegaciones ante la Corte, Serbia indica que Kosovo es denominado Kosovo-Metohija y que el término Metohija deriva de la palabra griega “metokhia” que significa “dominios monásticos”, por referencia a los grandes dominios que poseían los monasterios ortodoxos serbios en esta región desde la Edad Media (Exposición escrita de la República de Serbia, párrafo 109, página 35).

<sup>100</sup> El proceso de acercamiento de Serbia a la UE se ha traducido hasta la fecha en la conclusión de un Acuerdo de Estabilización y Asociación que está pendiente de ratificación (*Agence Europe*, núm. 10269, de 3 de diciembre de 2010, p. 2). Serbia también ha solicitado su adhesión a la UE (el 25 de octubre de 2010 el Consejo de Asuntos Exteriores de la UE invitó a la Comisión a preparar su dictamen sobre dicha adhesión, véase *Agence Europe*, núm. 10243, de 26 de octubre de 2010, p. 3), que está condicionada a su plena cooperación con el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (véase COMISIÓN EUROPEA, *Informe general sobre la actividad de la UE*, 2009, en p. 57). Por su parte, Kosovo está participando en el proceso de estabilización y asociación de la UE y se beneficia del Instrumento de ayuda pre-adhesión del que ha recibido hasta la fecha cerca de 500 millones de euros. Kosovo también ha conseguido ser miembro del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial desde el 29 de junio de 2010 (COMISIÓN EUROPEA, “Kosovo under UNSCR 1244/99 2009 Progress Report”, SEC (2009) 1340, pp. 5-6), una circunstancia que alega ante la CIJ como forma de demostrar su estatalidad (Exposición escrita de los autores de la declaración de independencia de 17 de julio de 2009, en p. 13). La perspectiva europea para la resolución del conflicto es apoyada por I. Molina, “Kosovo como problema; Europa la solución”, *El País*, 15.12.2011, p. 37.

<sup>101</sup> El relator de derechos humanos del Consejo de Europa, Sr. Marty, ha presentado un informe en el que acusa al actual Primer Ministro de Kosovo Hashim Thaci, de estar detrás de una red criminal que perpetró asesinatos y tráfico de órganos de seres humanos en los años noventa. Como consecuencia de ello, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha aprobado la Resolución 1782 (2011) en la que insta a los países miembros de la UE a: “à préciser les compétences d'EULEX et/ou de toutes autres instances judiciaires internationales chargées de mener des investigations de suivi de façon à reconnaître que leur compétence territoriale et temporelle s'étend à l'ensemble des crimes liés au conflit du Kosovo”.

ha impedido de momento que comiencen a desarrollarse las negociaciones entre serbios y kosovares<sup>102</sup>.

---

<sup>102</sup> En efecto, al cierre de este trabajo, ha comenzado en Bruselas el diálogo entre serbios y kosovares bajo la dirección de Robert Cooper, asesor de la Alta Representante de la UE para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. En la primera reunión se han abordado cuestiones relativas al comercio regional (que se pretende intensificar en el marco del Acuerdo de Libre comercio de Europa Central o CEFTA, así como temas relativos con las telecomunicaciones, la aviación y el registro civil (Press-Statement European Union External Action, <http://eeas.europa.eu>). También se ha precisado que el objetivo de estas reuniones no es solucionar la diferencia sobre el Estatuto de Kosovo (Agence Europe, 8.3.2011, pág. 4).