



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

**LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA
SOBRE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE INDEPENDENCIA CON
RESPECTO A KOSOVO**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA ESCOBAR

PROFESOR GUÍA: **CARLOS DETTLEFF BEROS**

SANTIAGO DE CHILE
ENERO 2013

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. BREVE HISTORIA DEL CONFLICTO DE KOSOVO.....	7
1.1. Las raíces del conflicto en la Edad Media y la Edad Moderna.....	7
1.2. Las Guerras Balcánicas y el nacimiento del primer Estado.....	12
de Yugoslavia.	
1.3. Las Guerras Mundiales y el surgimiento de la figura de Tito.....	14
1.4. La muerte de Tito, el desmembramiento de la República.....	21
Federativa Socialista de Yugoslavia y el ascenso al poder de	
Slobodan Milosevic.	
1.5. El abandono de la política moderada y el alzamiento.....	27
de los albanokosovares.	
1.6. Los Acuerdos de Rambouillet, la intervención militar de.....	32
la OTAN y la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad	
de la ONU.	
1.7. El inicio de las negociaciones y el cambio de objetivo.....	42
de la MINUK.	
1.8. El Plan Ahtisaari y la Declaración de Independencia de Kosovo....	44
1.9. La reacción de Serbia, el reconocimiento de la Comunidad.....	49
Internacional y la solicitud de una Opinión Consultiva a la Corte	
Internacional de Justicia.	

CAPÍTULO II. LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE.....	54
INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y LAS DECLARACIONES Y OPINIONES SEPARADAS Y DISIDENTES DE SUS JUECES.	
2.1. La competencia de la Corte Internacional de Justicia.....	56
2.2. El problema de la facultad discrecional	60
2.2.1. Las consideraciones extra-legales planteadas ante.....	62
la Corte.	
2.2.2. La distribución interna de competencias en las	64
Naciones Unidas.	
2.3. La opinión de los jueces que discreparon con la mayoría.....	66
acerca del ejercicio de la facultad discrecional de la Corte.	
2.4. El alcance y el significado de la pregunta puesta ante la Corte.....	73
Internacional de Justicia.	
2.5. Las opiniones particulares de los jueces acerca de las demás.....	77
cuestiones preliminares.	
2.6. La conformidad de la declaración de independencia con el	82
derecho internacional.	
2.6.1. Conformidad con el derecho internacional general.....	83
2.6.2. La Resolución 1244 del Consejo de Seguridad y el.....	88
Marco Constitucional creado al amparo de ella.	

	Página
2.6.2.1. La interpretación de la Resolución 1244 90 del Consejo de Seguridad.	90
2.6.2.2. Conformidad de la declaración unilateral de..... 93 independencia con la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad y con el Marco Constitucional.	93
2.6.2.2.1. La identidad de los autores de la 93 declaración	93
2.6.2.2.2. Conformidad de la actuación de..... 97 los autores de la declaración de independencia con la Resolución 1244 y con el Marco Constitucional	97
2.7. Las Declaraciones y Opiniones Separadas y Disidentes de los... 101 jueces ante el razonamiento seguido y la conclusión general alcanzada por la Corte.	101
CAPÍTULO III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA OPINIÓN CONSULTIVA 118 DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE INDEPENDENCIA CON RESPECTO A KOSOVO.	118
3.1. Las distinciones realizadas en el examen de la Corte..... 119	119
3.2. ¿Era competente la Corte para conocer del asunto de.....122 Kosovo?	122

	Página
3.3. ¿Era conveniente que la Corte emitiera la opinión.....	126
consultiva o existían razones imperiosas para no hacerlo?	
3.4. ¿Aplicó realmente la Corte el principio del caso Lotus de.....	129
1927?	
3.5. ¿Tenía la Corte Internacional de Justicia la facultad para.....	135
modificar la pregunta planteada por la Asamblea General?	
3.6. ¿Quiénes fueron realmente los autores de la declaración.....	141
de independencia?	
3.7. Sobre la aplicación del principio de integridad territorial,	150
su relación con la libre determinación de los pueblos y el derecho de secesión.	
3.8. ¿Cuáles fueron los aportes de la Opinión Consultiva en	158
cuanto a las resoluciones del Consejo de Seguridad?	
3.9. Comentario sobre la supuesta obligación de los Estados	163
de no reconocer a Kosovo como Estado independiente y el nexo causal entre la declaración unilateral de independencia y la intervención militar de la OTAN de 1999.	
CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES	170
BIBLIOGRAFÍA	178

RESUMEN

Con fecha 22 de julio de 2010, la Corte Internacional de Justicia emitió una de las opiniones consultivas más esperadas y criticadas del último tiempo. En respuesta a la pregunta formulada por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre si la declaración unilateral de independencia, aprobada por las autoridades de Kosovo el 17 de febrero de 2008, se ajustaba al derecho internacional, la Corte, utilizando un razonamiento simple, directo y, para algunos, estrecho y mezquino, limitó su respuesta a señalar que dicha declaración de independencia no había violado el derecho internacional.

El objetivo de este trabajo es demostrar, a través del estudio de los argumentos de la Corte y de aquellos jueces que opinaron de forma separada o contra la mayoría, y del trabajo de numerosos académicos que han analizado la opinión consultiva, que la Corte, en realidad, dijo mucho más que lo que en un principio se creyó y que muchas de las críticas formuladas en su contra han sido infundadas.

Al respecto, podemos afirmar que, habiendo sido Kosovo el gran favorecido, la opinión consultiva contiene importantes aportes, especialmente en materia de secesión, del principio de autodeterminación de los pueblos, de la legalidad del reconocimiento de los Estados a entidades nacientes y en cuanto a la interpretación y los efectos de las resoluciones de los órganos de Naciones Unidas.

INTRODUCCIÓN

Una vez terminada la Guerra Fría, un gran número de certezas establecidas firmemente en derecho internacional, especialmente aquellas referidas a materias como la autodeterminación de los pueblos, la secesión y la estatalidad, se vieron fuertemente amenazadas. De esta forma, el caso de la disolución de la antigua República de Yugoslavia es probablemente el más inquietante de estos desafíos y, en particular, aquella certeza que señalaba que el fenómeno de la secesión unilateral no podía tener lugar fuera del ámbito de la descolonización.

En este orden de cosas, el desmantelamiento de la antigua República de Tito trajo como consecuencia la creación de numerosos Estados, algunos de forma pacífica y otros no tanto, lo cual fue avalado por la Comunidad Internacional trayendo como consecuencia la creación de una nueva doctrina o un nuevo entendimiento del principio de autodeterminación de los pueblos, todo sin importar la férrea oposición de las autoridades centrales en Belgrado.

El caso de Kosovo es tan enormemente controversial, precisamente porque se encontraba en el límite entre aquellas entidades que poseían aquel derecho de autodeterminación, el cual previamente había sido reconocido para ciertos territorios en la Constitución yugoslava, y aquellas que no lo tenían.

En 1999 y mediante una intervención militar legalmente dudosa, las fuerzas de la OTAN le devolvieron la paz y la estabilidad a la región. Una vez expulsado el ejército serbio del territorio de Kosovo, se procedió a instaurar una presencia internacional militar y una civil en el lugar con el objetivo de hacerse cargo de la administración interna y de la reconstrucción de la zona. Ello, también significó la creación de nuevas instituciones gubernamentales locales que, con el tiempo, recibirían de forma paulatina distintas facultades de mando de parte de la administración internacional. Al mismo tiempo, el objetivo era buscar una salida diplomática al conflicto sobre el estatus futuro de Kosovo y los esfuerzos internacionales se tradujeron en intentar acercar a Belgrado y a Pristina para que dialogaran en cuanto a una salida mutuamente aceptable que permitiera a los kosovares y a los serbios vivir en paz.

Sin embargo, dicho proceso de negociaciones no tuvo un buen final y las partes se alejaron definitivamente a raíz de su intransigencia y de sus visiones absolutamente opuestas e inmodificables. Luego, ante la enorme presión que ejercía el pueblo kosovar, sus autoridades electas, en el seno de la Asamblea de Kosovo, declararon unilateralmente su independencia el día 17 de febrero de 2008. La ineficiencia del período de negociaciones llevada a cabo con ayuda internacional y los débiles resultados de la administración interina en brindarle una mejor calidad de vida a la región habían desembocado en un problema a escala mundial que, nuevamente, vería enfrentados a dos principios fundamentales de derecho internacional consagrados en la Carta de las

Naciones Unidas: la autodeterminación de los pueblos y la integridad territorial de los Estados.

Como respuesta a la declaración de independencia, por un lado, un gran número de Estados brindaron su reconocimiento inmediato a Kosovo y, por otro, Serbia le solicitó a la Asamblea General de las Naciones Unidas que incluyera el tema de Kosovo en su agenda para así poder solicitar una opinión consultiva respecto a la legalidad de la declaración a la Corte Internacional de Justicia.

Mediante la resolución 63/3 de 2008, la Asamblea General le solicitó a la Corte que otorgara su opinión en cuanto a si la declaración unilateral de independencia de Kosovo se ajustaba al derecho internacional. La expectación que el proceso seguido ante la Corte provocó fue inmensa. Por primera vez la Corte iba a tratar abiertamente sobre la legalidad de una declaración unilateral de independencia. Ello,le significó el ser el litigio que ha contado con el mayor número de participantes, incluyendo a todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, tanto en su fase oral como escrita.

Sin embargo, el nivel de excitación se transformó rápidamente en amargura y decepción cuando el día 22 de julio de 2010 la Corte Internacional de Justicia emitió su opinión consultiva en la cual, para muchos inexplicablemente, se limitó a señalar, por una mayoría de diez votos contra cuatro, que la declaración

unilateral de independencia de Kosovo no había violado el derecho internacional.

Una respuesta tan acotada, que supuestamente dejaba fuera temas importantes como la secesión, las consecuencias legales de la declaración, la legalidad de los reconocimientos de los demás Estados a Kosovo y la posible existencia de un derecho de autodeterminación externa, fue inmediatamente objeto de duras críticas por parte de numerosos académicos¹ que vieron en la opinión consultiva, una posibilidad única perdida a raíz de una visión del derecho internacional que llamaron obsoleta y anticuada, al centrarse la Corte únicamente en el examen sobre la existencia de normas que prohibieran las declaraciones de independencia en el orden legal internacional.

Teniendo a la vista todo lo expuesto anteriormente, asoman las razones del por qué de la elección del tema de este trabajo y su objetivo principal. En primer lugar, la importancia del caso conocido por la Corte es inmensa en relación a

¹ BERMEJO, R. y GUTIERREZ, C. 2010. La declaración unilateral de independencia de Kosovo a la luz de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 de Julio de 2010 y de las declaraciones, opiniones individuales y disidentes a la misma. [en línea] Anuario español de Derecho Internacional. Vol. 26. http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/21544/1/ADI_n%C2%BA%2026_2010_01.pdf. LOPEZ-JURADO, C. 2011. Kosovo ante la Corte Internacional de Justicia: La Opinión Consultiva de 22 de julio de 2010. [en línea] Revista Electrónica de Estudios Internacionales. Numero 21. <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3826743.pdf>. KOHEN, M. y DEL MAR, K. 2011. The Kosovo Advisory Opinion and UNSCR 1244 (1999): A Declaration of 'Independence from International Law'? Leiden Journal of International Law. Volumen 24 (1). YEE, S. 2010. Notes on the International Court of Justice (Part 4): The Kosovo Advisory Opinion. [en línea] Chinese Journal of International Law. Vol. 9. <<http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/9/4/763.full.pdf>>

una infinidad de materias que están poco regulados en el ámbito internacional, especialmente aquellas que dicen relación con las minorías y la efectiva materialización de su derecho de autodeterminación tanto en su fase interna como externa.

Empujado aún más por la falta de análisis que en nuestra región ha tenido esta opinión consultiva, mediante este trabajo me he propuesto examinar detalladamente cuáles fueron los argumentos esgrimidos por la Corte para alcanzar una conclusión general tan escueta y, a primera vista, desilusionante, en cuanto a derecho internacional se refiere.

A su vez, aquel examen irá acompañado de la exposición de aquellos razonamientos y conclusiones alcanzadas por un gran número de jueces que presentaron sendos votos disidentes y declaraciones separadas al voto de la mayoría del tribunal. Asimismo, la investigación estará enfocada en la opinión de distintos académicos que, en gran cantidad, han analizado los contenidos de la opinión consultiva y qué nos depara el futuro próximo luego del dictamen de la Corte Internacional de Justicia.

Así las cosas, en un primer momento, se exhibirá una breve pero detallada historia del conflicto de Kosovo, ideal para entender lo que estaba detrás de aquellas esperanzas puestas en el dictamen de la Corte. Para luego pasar a analizar las consideraciones que el tribunal expuso y cuál fue la palabra de aquellos jueces que no opinaron al igual que la mayoría. Finalmente, se expondrá una visión crítica de la opinión consultiva, resaltando aquellos puntos

en los que ella ha recibido la mayor cantidad de críticas pero también haciendo un guiño a los no pocos aportes que ella proporciona en materias de derecho internacional.

Con todo, en este trabajo me propongo demostrar que lo dicho por la Corte puede ser visto como una solución expresada de forma políticamente correcta, una respuesta balanceada y sin ánimos de alterar más el cauce de las aguas en los Balcanes pero que, sin embargo, insinúa bastantes avances en lo que se refiere a temas de secesión, autodeterminación de los pueblos y estatalidad.

En último término, no se debe olvidar cuál es realmente la función de la Corte en este sentido y, específicamente, el objeto de su competencia consultiva, la cual puede que en estos casos tan políticamente cargados no sea la forma correcta de solucionar problemas que han polarizado al mundo y que nos recuerdan, una vez más, la notable necesidad de codificación y protección de las minorías y los pueblos más débiles, especialmente en aquellos Estados y regiones donde no existe una firme estabilidad democrática y una tradición de respeto a los derechos humanos.

CAPÍTULO 1. BREVE HISTORIA DEL CONFLICTO DE KOSOVO.

El territorio de Kosovo es un enclave con una superficie de 10.887 kilómetros cuadrados, ubicado en la península Balcánica en el sureste de Europa y cuyas fronteras son compartidas con las de Albania, Montenegro, Macedonia y la región serbia de NoviPazar. Con una población aproximada de 1.800.000 habitantes, está demográficamente dividida entre un porcentaje cercano al 88% de albaneses, un 8% de serbios, 2% de goranis, 1,5% de arumanos y 0,5% de turcos².

Sin embargo, esta división étnica no siempre fue así.

1.1. Las raíces del conflicto en la Edad Media y la Edad Moderna.

El conflicto de Kosovo se ha traducido en una disputa que, por siglos, ha enfrentado a serbios y albaneses sobre los supuestos derechos territoriales preferentes que ambos reclamansobre el lugarpor el hecho deprovenir de grupos originarios de la región.

²PEREA UNCETA, J. A. 2011. Las cuestiones sobre Kosovo que no quiso responder el Tribunal de La Haya. [en línea] Anuario Jurídico y Económico Escurialense. Vol. XLIV. <dialnet.unirioja.es/download/articulo/3625156.pdf> [consulta: 21 de diciembre de 2012], p.121.

Esta disputa se ha trasladado, incluso, al sector académico ya que, según algunos historiadores, los albaneses provienen de los dárdanos, quienes formaban parte de las tribus ilirias que ya se encontraban en Kosovo al momento de que este formara parte de los Imperios Romano y Bizantino, mucho antes de la llegada de los pueblos eslavos en el siglo VI. Por su lado, los serbios rechazan esta tesis de la temprana presencia albanesa, aduciendo que estas migraciones siguieron produciéndose en los siglos XVII y XVIII.³

Uno puede encontrar testimonios que mencionan a los albaneses como población mayoritaria incluso durante los tiempos del Imperio Serbio, y otros que intentan recordar que ningún albanés vivió en los territorios kosovares hasta fines del siglo XVII.⁴

Sin embargo, lo cierto es que las rivalidades territoriales en la región comenzaron por la conquista del territorio serbio por los eslavos en el siglo VII. A raíz de este acontecimiento, la población se mantuvo mayoritariamente serbia estableciéndose en diversos reinos en el norte de Kosovo, principalmente con el objeto de resistir contra el Imperio Bizantino.

El primer Estado serbio, conocido como Rascia, fue fundado en el siglo XII, logrando la unificación de los distintos territorios en los alrededores del castillo

³PORTILLA GOMEZ, J. M. 2012. El devenir histórico y legal de Kosovo. [en línea] Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Decimo Aniversario. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/11.5/art/art3.pdf>> [consulta: 20 de diciembre de 2012], p. 68.

⁴CISMAS, I. 2010. Secession in Theory and Practice: the Case of Kosovo and Beyond. [en línea] GoettingenJournal of International Law, Vol. 2, Nº 2. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1669324> [consulta: 20 de diciembre de 2012], p. 556.

de Ras, el cual se puede encontrar en lo que hoy corresponde a la región serbia de NoviPazar.

Desde un punto de vista de derecho constitucional, se posible señalar que el estado serbio medieval puede considerarse como independiente desde el año 1217, momento en que fue coronado el primer rey serbio Stefan Nemanjic, quien heredó los terrenos conquistados por su padre Stefan Nemanja I, incorporando la mayor parte de los territorios que hoy pertenecen a los estados de Serbia y Montenegro.

Es de opinión de los historiadores serbios que el área a lo que corresponde Kosovo hoy en día ya era parte del estado serbio desde el momento de su fundación. Sin embargo, no existe unanimidad entre los académicos al respecto, ya que muchos son de la opinión que Kosovo fue anexo posteriormente, en el reinado de Stefan Uros II Milutin, otro monarca de la dinastía Nemanjic, quien reinó entre los años 1282 y 1321.⁵

Un hecho histórico donde sí parece haber cierto consenso, es que Kosovo pasó a ser parte central del Imperio serbio durante el siglo XIV, especialmente desde un punto de vista cultural y religioso, tras la fundación del patriarcado de la Iglesia ortodoxa serbia en Pec, junto al establecimiento de numerosos otros monasterios.

⁵ GULYAS, L. 2012. A BriefHistory of the Kosovo conflictwithspecialemphasisontheperiod 1988-2008. [en línea] Historia actual online, N° 27. <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3861597.pdf>> [consulta: 17 de diciembre de 2012], p.141.

El declive de la edad dorada del Imperio serbio⁶ comenzó en el año 1389. Se ha transformado en tradición, por razones simbólicas más que de precisión histórica, en fijar el origen del conflicto de Kosovo en la “Batalla del campo de los Mirlos” ocurrida el 28 de junio de dicho año, donde se enfrentaron el Imperio serbio dirigido por el príncipe Lazar Hrebeljanovic y el ejército del Imperio otomano, liderado por el sultán Murad I. Enfrentamiento que tuvo tal magnitud que significó la muerte en el campo de batalla de los líderes de ambos ejércitos.

No obstante el triunfo otomano, debido a la prolongada crisis interna que este sufría, no fue sino hasta el año 1448 en que efectivamente colapsó el dominio serbio en la región, la cual fue ocupada por los turcos y cuya conquista continuó expandiéndose hasta la zona del Reino de Hungría, comenzando un dominio de casi 500 años en la región.

El nuevo orden de cosas trajo como consecuencia importantes cambios demográficos en la región. Por un lado, la población albanesa en la zona creció de forma importante⁷, provocándose un éxodo de los serbios ortodoxos que habitaban aquellos territorios quienes, en diversas oleadas, se trasladaron a la zona sur del Reino de Hungría y a la región de Voivodina.

En cuanto a los cambios confesionales, estos se manifestaron de forma importante especialmente en la población albanesa quienes se convirtieron masivamente al islam y fueron transformándose en mayoría (en contraste con el mínimo abandono del cristianismo por parte de los serbios), mientras se

⁶ GULYAS, L.Ibíd.

⁷YEE, S. Óp. Cit., p. 764.

producía, al mismo tiempo, la llegada de otros grupos a la región, quienes no tuvieron problemas en adoptar la nueva fe debido a las ventajas que esto les representaba frente a los otomanos.⁸

El año 1689 está marcado como una fecha importante en el dominio de los turcos otomanos en la península de los Balcanes. El enfrentamiento que se produjo entre el Imperio otomano y el Sacro romano germánico, tuvo un impacto directo sobre Kosovo cuando las fuerzas austríacas avanzaron sobre territorio kosovar, lo que significó que sus habitantes se dividieran en dos bandos: por un lado, los serbios apoyaron y se unieron a los austríacos y, por otro, los albaneses que apoyaron a los turcos. Lamentablemente para los serbios, la presencia austríaca en la región no tuvo gran duración, ya que al verano siguiente fueron obligados a retirarse hasta la zona del río Danubio, en Hungría. Como era de esperarse, los turcos tomaron represalias sobre la población serbia, produciéndose la octava y último oleada de migración, cuando cuarenta mil serbios debieron acompañar a las tropas austríacas, probando un éxodo masivo, que fue contrastado con más albaneses que llegaron a Kosovo para remplazar a los castigados, apoyados por los otomanos por haberse convertido al islam, reafirmandose así la región como predominantemente albanesa.⁹

Para los albaneses, Kosovo representa el lugar de nacimiento del nacionalismo albano, ya que en el año 1878, las provincias albanesas se

⁸ PORTILLA GOMEZ, J. M. Óp. Cit., p. 70.

⁹ PORTILLA GOMEZ, J. M. Ibíd.

unieron creando la Liga de Prizren como respuesta al Tratado de San Stefano, el cual fue el resultado de la Guerra de Oriente que enfrentó a Rusia con el Imperio otomano y que, tras el vencimiento de los primeros, se tradujo en la reorganización de las posesiones turcas en los Balcanes. Ante esto, los albaneses adoptaron como objetivo resistir a la conquista de los nuevos estados balcánicos como Bulgaria e independizarse del Imperio otomano, manteniendo un gobierno provisional hasta el año 1881 cuando fueron derrotados en todos los frentes. Por lo tanto, podemos rastrear las aspiraciones de crear un Gran Estado de Albania hasta esta época, habiendo tenido lugar una serie de intentos por asegurar su identidad religiosa diferenciada de los demás pueblos balcánicos, mediante una entidad política propia.¹⁰

1.2.Las Guerras Balcánicas y el nacimiento del primer Estado de Yugoslavia.

Al momento de comenzar la primera guerra balcánica en 1912, la proporción de albaneses en Kosovo alcanzaba el 61,4%¹¹. Durante el desarrollo de este conflicto, la región fue ocupada por las fuerzas serbias y montenegrinas, quienes se enfrentaron a los otomanos derrotándolos y forzándolos a renunciar

¹⁰ PEREA UNCETA, J. A. *Ibíd.*

¹¹ GULYAS, L. *Óp. Cit.*, p. 142.

a su dominio sobre territorio albanés y a prácticamente todas sus posesiones en el sureste de Europa.¹²

Como resultado del conflicto, el Tratado de Londres firmado el 20 de mayo de 1913 puso fin a la primera guerra balcánica, lo cual tuvo como consecuencias la creación del Estado independiente de Albania y la anexión de Kosovo por parte de Serbia y de Montenegro, estos últimos dominando la zona de Metohia, pese a la mayoría de población albanesa, lo que significó una masiva colonización serbia en la región, acompañada de acciones de limpieza étnica.

La segunda guerra balcánica enfrentó, en un primer momento, a Bulgaria contra Grecia y Serbia, quienes pusieron fin a su alianza con los primeros el 8 de julio de 1913 declarándole la guerra. Con posterioridad, Rumania, Montenegro y el Imperio otomano se unieron a la lucha contra las fuerzas búlgaras para, luego de una breve campaña, dar por finalizada la guerra mediante la rendición de los búlgaros y la firma del Tratado de Bucarest el 10 de agosto del mismo año. El resultado de la guerra se tradujo en una importante pérdida territorial en desmedro de Bulgaria y a favor de los Estados aliados.

Analizando estos acontecimientos, los autores están de acuerdo en que el supuesto conflicto étnico perpetuo en Kosovo es una exageración de una realidad muy distinta. Una realidad que ha visto a dos grupos, ya sea divididos por otro tipo de alianzas en lugar de étnicas, o que los ha presenciado batallar

¹² PORTILLA GOMEZ, J. M. Óp. Cit., p. 71.

espalda con espalda como aliados, como en el caso de la segunda guerra balcánica.

Lo anterior, sin embargo, no niega el hecho de que desde el siglo XIX el elemento étnico se ha transformado en pieza clave del conflicto y que hoy, el mismo acontecimiento de 1912, sea recordado por los serbios como el momento de liberación nacional, mientras que los albanokosovares lo retratan como colonización. Dos versiones contrapuestas que están forzadas a coexistir.¹³

1.3.Las Guerras Mundiales y el surgimiento de la figura de Tito.

El conflicto que estalló en 1914 tiene su origen bastante años atrás. Obedecía a la antigua rivalidad entre el Imperio Austro-Húngaro y Rusia, en el sureste de Europa. Sus raíces se pueden retrotraer al siglo XVIII pero su recrudecimiento surgió a partir del acelerado colapso del Imperio otomano en Europa a partir de la Guerra de Crimea y el comienzo de los enfrentamientos bélicos en la península de los Balcanes.

Un ambiente tenso había sido creado en la región a raíz de la debilitación tanto de los otomanos como de Bulgaria en contraste con la nueva fuerza adquirida por Serbia, los cuales eran celados por sus vecinos los austro-húngaros. Así, en 1914, tras el asesinato en Sarajevo del archiduque Francisco Fernando de

¹³ CISMAS, I. Óp. Cit., p. 557.

Habsburgo, la monarquía dual encontró la mejor justificación para invadir Serbia, estallando la Primera Guerra Mundial.¹⁴

La reacción albana fue aliarse a Bulgaria y Austro-Hungría, pensando que quizás así podría recuperar sus territorios. Sin embargo, la participación de los ejércitos aliados bajo la Triple Entente fue crucial para la derrota de los imperios centrales y el triunfo de Serbia.

En 1918, al concluir la guerra, nace el Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos, a raíz de la fusión de los territorios que resultaron de la desintegración del Imperio Austro-Húngaro, a lo cual se unió la absorción del territorio de Montenegro y, por supuesto, de Kosovo.

Como continuador de la fusión creada en la post-guerra, nace en 1929 el Reino de Yugoslavia, el cual miraba a Kosovo como un antiguo territorio serbio, el corazón del recordado imperio y trataba a la mayoría albanesa en la región como enemigos. Los albaneses eran considerados como una fuerza centrífuga que amenazaba la existencia del estado yugoslavo.¹⁵ En respuesta a este trato, los albanokosovares buscaron integrarse con Albania pero, como negativa, las persecuciones en su contra, lejos de disminuir, aumentaron, transformándose en una constante del período de entre guerras los conflictos entre albaneses y serbios.

En la práctica, el trato negativo y discriminador sufrido por los albanokosovares se tradujo en una prohibición de funcionamiento de su partido

¹⁴ PORTILLA GOMEZ, J. M. Óp. Cit., p. 72.

¹⁵ GULYAS, L. Ibíd.

político, la negación sistemática de sus derechos sociales colectivos, la imposición del serbio como idioma de enseñanza y un escaso aporte económico fiscal, lo que transformó a Kosovo en la región menos desarrollada del primer estado yugoslavo.¹⁶

Durante la Segunda Guerra Mundial, entre 1941 y 1943, gran parte del territorio de Kosovo se unificó a la Albania ocupada por los italianos, quedando la zona sur bajo dominio búlgaro y la región norte administrada por los serbios.

Los conflictos armados entre las poblaciones albanesa y serbia se recrudecieron en esta época, en la cual las milicias albanesas masacraron a unos 25.000 serbios y alrededor de 90.000 fueron obligados a huir de la región. Terminada la guerra, los serbios se tomarían revancha con la masacre de Tivar, en la que fueron asesinados unos 4.000 albanokosovares.¹⁷

En 1945 Yugoslavia fue liberada, Albania reducida al 50% de su territorio original y el territorio de Kosovo fue puesto nuevamente bajo dominio yugoslavo, esta vez comandados por el mariscal Josip Broz, más conocido como Tito.¹⁸

Una vez asumido el poder, Tito buscó legitimar el régimen comunista yugoslavo invocando la mitología resonante del movimiento Partisano, lo cual al mismo tiempo polarizaba la región de Kosovo entre quienes adherían a dicho

¹⁶ GULYAS, L. *Ibíd.*

¹⁷ PEREA UNCETA, J. A. *Óp. Cit.*, p. 122.

¹⁸ PORTILLA GOMEZ, J. M. *Óp. Cit.*, p. 73.

movimiento y buscaban permanecer bajo la administración yugoslava, y los nacionalistas, quienes abogaban por la integración de Kosovo a Albania.

La resistencia común contra el nazismo fue la bandera de lucha de Tito y los partisanos siendo enmarcada como el elemento común que unía a las naciones y nacionalidades dentro de Yugoslavia, cooperación étnica que debía mantenerse bajo el mando comunista.

En 1945 nace la República Democrática Federal de Yugoslavia, la cual, a raíz de la victoria obtenida por los partisanos y los comunistas, y como reconocimiento obtenido gracias a la ayuda kosovar en la liberación de Yugoslavia, incluyó a Kosovo como una de sus regiones autónomas. Específicamente, la Constitución del 31 de enero de 1946 creó la región autónoma de Kosovo-Metohia, lo que significó una serie de beneficios que se contrastaban con algunos controles excesivos por parte de la autoridad central.

De esta forma, por un lado, la población albanesa tenía permitido abrir sus propias instituciones educacionales, por lo que podían estudiar y aprender en su lengua materna. Además, se creó la primera facultad universitaria en Pristina en la década de 1950. Sin embargo, esto chocaba con el estricto control administrativo y político que ejercía Belgrado sobre Kosovo, lo que se traducía en que la gran mayoría de los puestos dentro del servicio público y del partido eran ocupados por serbios.¹⁹

¹⁹ GULYAS, L. *Ibíd.*

En 1963, luego de la aprobación de una reforma constitucional, el estatus de Kosovo-Metohia fue elevado de región autónoma a aquel de una provincia autónoma, equiparándose a la zona de Voivodina. Con esto, los albanokosovares vieron aumentado el número de derechos que podían ejercer y, como la región menos desarrollada dentro de la recientemente proclamada República Federativa Socialista de Yugoslavia, tenían un mayor acceso a fondos del poder central.

A pesar de este nuevo estatus, las persecuciones en contra de los albanokosovares no cesaron y se llegó a acordar con Turquía traslados de población contra su voluntad. Además, la política de control se endureció en Kosovo al crearse la Administración de Seguridad Estatal, la cual estaba encargada de registrar, incluso, los nombres de las personas que compraban periódicos albaneses.²⁰

La tensión tuvo su punto culmine en la llamada Primavera de 1967, en la cual los manifestantes independentistas albaneses, apoyados por Tirana, la capital albanesa, se enfrentaron al ejército yugoslavo quienes aplastaron de tal forma la revuelta, que esta no volvió a ocurrir durante el régimen de Tito.

Los años siguientes al movimiento separatista albanokosovar, estuvieron marcados por reformas constitucionales que buscaban la devolución de soberanía. Nuevos privilegios surgieron y estas modificaciones buscaban ampliar la autonomía de la provincia. Asimismo, el término Metohia fue puesto

²⁰ GULYAS, L. *Ibíd.*

en desuso por parte de la autoridad en Belgrado, el albanés fue promovido a la calidad de idioma oficial y nuevos derechos surgieron en ámbitos culturales y de educación.

Esta tendencia tuvo una manifestación significativa en 1969 cuando la Universidad de Pristina fue fundada, siendo separada de la Universidad de Belgrado, de la cual constituía solamente una facultad desde principios de aquella década, convirtiéndose en la tercera mayor universidad de Yugoslavia con cerca de 40.000 estudiantes y lo que significó que el albanés se transformara en el idioma de enseñanza en la educación superior

Este proceso de devolución de derechos tuvo su punto culmine en 1974 con la adopción de una nueva Constitución la cual, pensada también para apagar las intenciones secesionistas, le otorgó a Kosovo y a Voivodina prácticamente los mismos derechos, tanto en términos de poder administrativo y económico como a nivel federal, que aquellos de los que gozaban las seis repúblicas, : Bosnia y Herzegovina, Croacia, Macedonia, Montenegro, Serbia y Eslovenia.

La diferencia crucial se traducía en que mientras las *narodi* (naciones) tenían garantizado el estatuto de repúblicas, las *narodnosti* (nacionalidades) fueron designadas provincias autónomas. Se cree que esta distinción fue obra de los arquitectos de la primera Constitución yugoslava, quienes consideraron a las naciones como unidades potenciales formadoras de Estados por el hecho de tener su tierra natal dentro del territorio de Yugoslavia, mientras que las nacionalidades, como segmentos desplazados de otras naciones, tenían sus

tierra natal fuera de Yugoslavia. Consecuentemente, fueron sólo las naciones quienes recibieron un derecho constitucional de autodeterminación, que incluía expresamente el derecho a la secesión.²¹

Asimismo, se ha dicho que una explicación alternativa a la diferenciación entre naciones y nacionalidades, nace del hecho que la negativa a reconocerle a Kosovo la condición de república, obedecía al temor de que, con el paso del tiempo, optase por la secesión y decidiese unificarse a Albania.²²

Basándose en la gran obtención de derechos y privilegios por parte de los albanokosovares, puede decirse que Tito buscaba solucionar el conflicto de Kosovo mediante el fortalecimiento de la lealtad de los albanokosovares hacia el Estado yugoslavo. Mediante la garantía de diversos privilegios económicos y políticos, la fuerza centrífuga que representaban los albaneses en Kosovo fue transformada por el mariscal en una fuerza centrípeta.²³

Sin embargo, no todo resultó en la unión y lealtad que Tito imaginó. Mientras los albaneses ejercían la autoridad y los poderes públicos en Kosovo, imponiendo su lengua en diversos ámbitos, los serbios comenzaron a crear un clima de resentimiento ante la notable concesión hecha a los albaneses. De esta forma, los sentimientos nacionalistas comenzaron a aflorar ya que la etnia albanesa comenzó a crecer en importancia no solo en Kosovo, sino que, en

²¹ CISMAS, I. Óp. Cit., pp. 557-558.

²² TAIBO, C. 1999. Para entender el conflicto de Kosovo. Los Libros de la Catarata, Madrid. pp. 46-47.

²³ GULYAS, L. Óp. Cit., p. 143.

general, dentro de los límites del Estados yugoslavo, creciendo de un 4,8% en 1948, a 7,7% en 1981 y a un 9,2% diez años después²⁴.

1.4. La muerte de Tito, el desmembramiento de la República Federativa Socialista de Yugoslavia y el acensoal poder de Slobodan Milosevic.

Junto con el descontento serbio y su sentimiento de haber perdido Kosovo, a principios de la década de 1980, la insatisfacción albanesa continuaba apuntando hacia lo que ellos veían como el origen de todos sus males: la falta de estatuto de república dentro de la federación.

Ambas voces de protesta fueron acalladas durante un largo tiempo por Tito, sin embargo, luego de su muerte el 4 de mayo de 1980, era poco lo que se podía hacer para contener los ánimos y las tensiones étnicas en Kosovo.

Los privilegios entregados a los albaneses eran mal vistos por los serbios quienes veían en ellos la existencia de un Estado albanés *de facto* dentro del territorio de Serbia.

En marzo de 1981, los estudiantes de la Universidad de Pristina comenzaron una protesta para reclamar por las condiciones de la alimentación en la cafetería de la Universidad, la cual derivó en una serie de revueltas de carácter político reclamando por la ratificación del estatuto de república para Kosovo dentro de Yugoslavia. Los disturbios dieron la excusa perfecta para que

²⁴GULYAS, L.Ibíd.

Belgrado ejerciera una represión desmedida en contra de los manifestantes, lo que culminó con el envenenamiento de unos dos mil estudiantes.²⁵

Ante esto, se desataron una serie de acusaciones de atrocidades cometidas por los albanokosovares hacia los serbios de Kosovo en forma de venganza, lo que fue aprovechado para aumentar aún más las tensiones en la zona por la Academia Serbia de las Ciencias y las Artes, quienes a través de un memorándum en 1986 condenaron el genocidio físico, político, legal y cultural hacia la población serbia en la provincia. Sin embargo, mientras se piensa que muchos reclamos de actos violentos realizados contra los serbokosovares son verdades irrefutables, la acusación de genocidio no reúne ningún apoyo, no obstante el haber logrado su cometido y haber elevado al máximo las tensiones entre ambas etnias.²⁶ El informe, además, señaló que las políticas kosovares eran claramente anti-serbias y que las medidas económicas discriminaban a sus nacionales. Como conclusión, la Academia estableció que la práctica establecida por la Constitución de 1974 en la que se contemplaba una Yugoslavia fuerte en desmedro de una Serbia débil, debía ser eliminada.²⁷

Luego de la muerte de Tito, las tensiones étnicas en la República se hicieron insostenibles. El modelo federal y la convivencia interétnica llegó a su punto culmine de agotamiento cuando la fallida tolerancia cultural dio pie para el

²⁵ PEREA UNCETA, J. A. *Ibíd.*

²⁶ CISMAS, I. *Óp. Cit.*, pp. 560.

²⁷ Memorandum of the Serbian Academy of Sciences and Arts, English translation. [en línea] <http://www.trepca.net/english/2006/serbian_memorandum_1986/serbia_memorandum_1986.html> [consulta: 19 de diciembre de 2012].

nacimiento del nacionalismo separatista en las seis repúblicas y en las provincias autónomas.

Frente a esta situación, el Partido Comunista Yugoslavo abrazó también el movimiento nacionalista siendo así como, en Belgrado, el líder ultranacionalista Slobodan Milosevic accedió al cargo de Secretario General de la Liga Comunista de Serbia. El nuevo líder probablemente ya tenía en mente el potencial de las ganancias políticas que podía obtener si unía la fuerza del movimiento intelectual nacionalista con el avance de su propio poder, mientras abandonaba la doctrina de hermandad y unión promovida por Yugoslavia.

Milosevic utilizó el sentimiento de frustración que estaba presente en la sociedad serbia, abriendo viejas heridas para su propio beneficio. Es así como en abril de 1987, Milosevic visitó Kosovo y, en el lugar de la Batalla de los Mirlos, pronunció uno de los discursos más importantes de su vida, incitando a sus compatriotas serbios señalando: “No volverán a hacerte esto otra vez. Nadie volverá a derrotarte Kosovo. Ustedes deben quedarse aquí. Esta es su tierra. Esta es su memoria. Ustedes no pueden dejar su tierra natal solo porque se ha tornado difícil vivir aquí, porque son oprimidos y porque son sujetos de injusticias”.²⁸

Luego de este discurso, Milosevic obtuvo un fuerte respaldo de los serbios en Kosovo y se transformó en la figura que lideraba el movimiento nacionalista. Mediante sus primeras decisiones como líder del partido serbio, Milosevic buscó

²⁸ GULYAS, L. Óp. Cit., p. 144.

el apoyo de la Iglesia Ortodoxa Serbia. Por mientras, expulsó a los líderes del Partido Comunista de Kosovo y de Voivodina, y suspendió la autoridad de la policía provincial y del Poder Judicial de Kosovo.

Por otro lado, Milosevic comenzó a ejercitar una serie de modificaciones a la Constitución Serbia, las que fueron consideradas de dudosa legalidad. Con esto, los derechos y privilegios de los albanokosovares y de la provincia de Voivodina fueron disminuyendo cada vez más, siendo el punto culmine de su campaña la revocación de la autonomía de la provincia, pronunciada por el Parlamento Provincial de Kosovo, el 23 de marzo de 1989, el cual rodeado por la fuerza policial yugoslava y forzado por el nacionalismo de Milosevic, se vio obligado a renunciar a sus privilegios y a reconocer la supremacía de las leyes de la República de Serbia lo que, a su vez, significó el abandono de sus derechos a tener una educación propia, una autonomía en sus asuntos internos y los privilegios económicos y financieros auspiciados por Tito. Como respuesta, las autoridades albanokosovares comenzaron a construir, en paralelo a la autoridad serbia, un Estado albanés fantasma en Kosovo.²⁹

Para 1989, Milosevic ya había alcanzado la jefatura de Estado y sus políticas llevaron a la destrucción de la Liga Comunista de Yugoslavia, la única institución capaz de crear la unión necesaria dentro de las distintas comunidades para fortalecer su convivencia, logrando su extinción en enero de 1990.

²⁹ GULYAS, L. *Ibíd.*

Ante la cruzada nacionalista llevada adelante por Milosevic, cuyo núcleo central estaba en Kosovo, las restantes repúblicas de Yugoslavia se vieron incentivadas por estos pensamientos, lo que llevó a que en 1991, cuatro de las seis repúblicas, a saber Eslovenia, Croacia, Macedonia y Bosnia y Herzegovina, declararan su independencia. Ante esto, los albanokosovares, inspirados en las cada vez más intensas políticas nacionalistas serbias, declararon su independencia mediante el dos de julio de 1990. En dicha declaración, los albanokosovares plantearon tres alternativas para su futuro estatuto: la calidad de nación de los albanokosovares y de república de Kosovo dentro de Yugoslavia, la fundación de una República Albanesa que incluyera a Kosovo y otros territorios, o la unificación con una Gran Albania teniendo como fronteras aquellas trazadas por la Liga de Prizren en 1878.

Sin embargo, la declaración dio lugar a la disolución por Serbia de dicha Asamblea, al aumento de su presencia militar en la zona y solo trajo consigo el reconocimiento de Kosovo como Estado independiente por parte de Albania.

En el seno del desmembramiento de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, la comunidad internacional reaccionó mediante la creación de la Comisión Badinter en 1991, la cual tenía por objeto proveer de guías a la Comunidad Europea³⁰ sobre cómo manejar la inesperada y peligrosa situación

³⁰ En adelante, C.E.

en los Balcanes³¹ y ayudar a la Conferencia para la paz en Yugoslavia de la C.E.

Así, la Comisión Badinter recogió el principio de *utispossidetis* para tratar el proceso del desmembramiento de los Estados en Europa y, para algunos, probó ser bastante conservadora en sus fundamentaciones. Pese a que Kosovo gozaba de una virtual calidad de república, por lo menos en los hechos, durante la República Federativa Socialista de Yugoslavia, la Comisión estableció en el seno de la Conferencia de Londres sobre Yugoslavia, realizada en agosto de 1992, que todas las entidades que tuvieran una calidad inferior a la de república, tenían solamente el derecho a la autonomía, pero no a la secesión.³² Este descubrimiento se hizo con relación a las poblaciones serbias de Croacia y de Bosnia y Herzegovina, quienes no tenían una clara definición territorial. A raíz de esto, la Comisión Badinter y la C.E. ignoraron el futuro de las provincias yugoslavas, dejándolas a su suerte, lo cual no cambiaría sino hasta el estallido de la violencia en la zona a fines de los años noventa.

El caso de la República Federativa Socialista de Yugoslavia fue quizás el más inquietante de la cadena de desafíos a las certezas del derecho internacional en esta área, en particular a la creencia de que la secesión unilateral no puede tener lugar fuera del ámbito colonial. En esa instancia, la C.

³¹ HILPOLD, P. 2011. The ICJ Advisory Opinion on Kosovo: different perspectives of a delicate question. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1734443> [consulta: 24 de diciembre de 2012], p. 4.

³² WELLER, M. 2011. Modesty Can Be a Virtue: Judicial Economy in the ICJ Kosovo Opinion? *Leiden Journal of International Law*. Volumen 24 (1): p. 129.

E. y sus Estados Miembros aceptaron, a unas semanas de emitidas las declaraciones de independencia de Croacia y Eslovenia, que las repúblicas de la Yugoslavia federal que deseaban la separación podían lograr la independencia, a pesar de las fervientes protestas y acciones armadas de las autoridades centrales en Belgrado.

A raíz de lo dictaminado por la Comisión, Eslovenia y Croacia lograron el reconocimiento de sus independencias en 1991 y Macedonia hizo lo propio en 1992, tras lo cual, el 27 de abril del mismo año, dos de las antiguas repúblicas, Montenegro y Serbia, fundaron la nueva República Federativa de Yugoslavia³³, la cual, por supuesto, no pudo ser vista por los albaneses de Kosovo como su tierra natal.

Como parte de su proceso independentista, las autoridades albanesas adoptaron la Constitución de la República de Kosovo el 7 de septiembre de 1991 y, al año siguiente, el 24 de mayo de 1992, celebraron elecciones presidenciales resultando como ganador Ibrahim Rugova, político moderado y representante de la Liga Democrática de Kosovo. Dichas elecciones, si bien no fueron reconocidas por parte de Belgrado, no debieron enfrentar interferencias de dicha autoridad.

1.5. El abandono de la política moderada y el alzamiento de los albanokosovares.

³³ En adelante, RFY.

La elección de Ibrahim Rugova como presidente de Kosovo significó el comienzo de un período de resistencia no violenta en el que, no obstante, se continuó con la construcción del Estado paralelo albanés a través de la implementación de instituciones propias dirigidas por los albanokosovares, por lo que en el período entre 1991 y 1998 estas instituciones se duplicaron, al igual que la capacidad de su sistema económico.

En los hechos, un Estado fantasma se había creado definitivamente dentro de Serbia sin el mayor reproche de las autoridades centrales en Belgrado. Esta reacción puede ser entendida al recordar que, durante este período, Yugoslavia estaba preocupada de las sangrientas guerras que se estaban llevando a cabo contra Croacia y Bosnia, por lo que es comprensible que no hayan querido abrir un nuevo frente en Kosovo.

Fue tan pronto como 1993 cuando las voces de desencanto comenzaron a escucharse en Pristina, las que apuntaban, principalmente, al camino pacífico que los líderes albanokosovares habían elegido tomar. Es por esto que a mediados de la década de los noventa la Liga Democrática de Kosovo comenzó a perder apoyo cuando las generaciones más jóvenes miraron con buenos ojos el unirse a grupos albaneses más radicales.

De esta forma, la alternativa al camino moderado de Rugova nació en el seno del Ejército de Liberación de Kosovo³⁴ quienes privilegiaron la guerrilla e

³⁴ En adelante, UCK, por sus siglas en albanés.

incluso los ataques terroristas con el objetivo de lograr sus fines independentistas. En 1996 el UCK reivindicó la autoría de una serie de atentados mediante el uso de bombas, proclamando como su principal objetivo la liberación de Kosovo a través de la lucha armada. Así las cosas, la debilitación del Estado albanés significó un fortalecimiento del apoyo y de los recursos del UCK, acompañado de la creciente desilusión de los albanokosovares, y ya para 1998 el ejército independentista llevó adelante diversos ataques que lo dejaron en control de la región de Drenica, en el oeste de Kosovo.³⁵

Ante todo lo ocurrido, Belgrado decidió poner fin al levantamiento de los albaneses mediante la adopción de una estrategia de ataque militar preventivo. Comenzando en febrero de 1998, el ejército serbio atacó a las fuerzas del UCK tras lo cual las acciones militares se expandieron por todo el territorio de Kosovo. Los reportes de fuentes de gobierno y Organizaciones No Gubernamentales notaron las atrocidades cometidas contra los civiles, lo que llevó a Human RightsWatch a señalar que “la gran mayoría de los abusos fueron cometidos por las fuerzas yugoslavas de gobierno. El Ejército de Liberación de Kosovo también ha violado las normas de la guerra, aunque en una menor escala que las fuerzas estatales, pero ambas son violaciones a los estándares internacionales y deben ser condenadas”.³⁶ Como consecuencia, se

³⁵ CISMAS, I. Óp. Cit., pp. 564.

³⁶ HUMAN RIGHTS WATCH. Federal Republic of Yugoslavia: Humanitarian Law Violations in Kosovo. Volume 10, Nº 9, 1998.

estima que aproximadamente un millón de albaneses huyeron de Kosovo, refugiándose en Albania y Macedonia.³⁷

Cabe hacerse la pregunta de cuál fue la reacción de la comunidad internacional ante la sangrienta guerra civil que se estaba viviendo dentro de Serbia. Ante esto, llama la atención la pasividad con que la Organización de las Naciones Unidas enfrentó el problema de la violencia interétnica y el abuso de poder estatal por parte de los serbios.

La primera intervención de la organización se llevó a cabo el 9 de agosto de 1993 cuando, mediante la Resolución 855 el Consejo de Seguridad exhortó a Belgrado a aceptar la misión que proponía la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa³⁸ y a no extender el conflicto que ya se vivía en otras regiones a Kosovo.

No fue sino hasta el 31 de marzo de 1998, cinco años más tarde, cuando la ONU se volvió a pronunciar a raíz de las masacres que protagonizaba el ejército serbio en Kosovo y los atentados perpetrados por la UCK. En dicha fecha, fue emitida la Resolución 1160 del Consejo de Seguridad, mediante la cual se condenó el uso de fuerza excesiva por parte de las fuerzas policiales serbias y el terrorismo ejercido por el UCK. Además, teniendo como fundamento el Capítulo VII de la Carta de la ONU, se exigió a ambas partes el

<<http://hrw.org/campaigns/kosovo98/timeline.shtml>> [consulta: 19 de diciembre de 2012].

³⁷ GULYAS, L. Óp. Cit., p. 145.

³⁸ En adelante, OSCE.

cese de las hostilidades y se estableció la prohibición de comerciar en Serbia y Kosovo con armas, municiones y equipos militares.³⁹

Por otra parte, una nueva Resolución, la 1199 de 23 de septiembre de 1998, condenó los intensos combates y calificó de catástrofe humanitaria la situación de la región, debido al aumento del número de refugiados y desplazados. Sin embargo, solamente se limitó a reiterar la anterior exigencia para el cese de las hostilidades y le solicitó a las partes, especialmente a Belgrado, que aceptaran la presencia de una misión de observación con miras a poner fin a la crisis humanitaria. A raíz de esto, la OSCE y Serbia firmaron, el 16 de octubre de 1998, un acuerdo que permitía el despliegue de una misión que verificaría el cumplimiento de las Resoluciones 1160 y 1199. Además, un día antes, el 15 de octubre del mismo año, Serbia había firmado, con los países de la Organización del Tratado del Atlántico Norte⁴⁰, un compromiso que permitía que dicha verificación fuese llevada adelante por la fuerza aérea de la Alianza, el cual finalmente no se aplicó.⁴¹

Por último, el día 17 de noviembre de 1998, se dictó la Resolución 1207 del Consejo de Seguridad, la cual extendió de forma expresa el ámbito de la investigación del Tribunal Penal Internacional para la ex - Yugoslavia a la región de Kosovo.

³⁹ PEREA UNCETA, J. A. Óp. Cit., p. 123.

⁴⁰ En adelante, OTAN.

⁴¹ PEREA UNCETA, J. A. Ibíd.

Cabe hacer presente que se estima que, en realidad, el Consejo de Seguridad de la ONU estaba imposibilitado de actuar con mayor profundidad en relación al conflicto que se llevaba a cabo en Kosovo y de tomar medidas más drásticas, ya que contaba con la amenaza de veto por parte de Rusia, aliado natural del gobierno de Belgrado, lo cual hubiera impedido cualquier medida más radical que se quisiese tomar sobre el gobierno serbio.

1.6. Los Acuerdos de Rambouillet, la intervención militar de la OTAN y la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad de la ONU.

El 15 de enero de 1999 es una fecha crucial para la internacionalización del conflicto ya que en tal día fueron encontrados los cuerpos de 45 ciudadanos albanokosovares asesinados por parte del ejército serbio, dando lugar a la llamada Masacre de Racak, por la localidad kosovar donde se hizo el hallazgo, y que motivó, finalmente, a la comunidad internacional a planear una intervención militar en la zona.

La situación de crisis era tan alarmante, que el Grupo de Contacto convocó a una Conferencia de Paz a realizarse entre el 6 y el 23 de febrero de 1999 en el castillo de Rambouillet en Francia. El Grupo había sido creado en 1994 para servir como foro de comunicación de los esfuerzos para controlar la situación humanitaria en la región y estaba compuesto por Francia, Alemania, Italia

(quien se unió en 1996), la Federación Rusa, el Reino Unido y los Estados Unidos.

En la Conferencia se reunieron representantes de cada uno de los países que formaban el Grupo de Contacto, además de una delegación serbia y otra de las autoridades albanokosovares, la cual estaba encabezada por el Presidente Ibrahim Rugova y el comandante guerrillero y líder del UCK Hashim Taçi.⁴²

Los esfuerzos de los agentes internacionales estaban destinados a lograr la pacificación y el autogobierno de Kosovo. De esta forma, se logró la adopción de un acuerdo para la paz, en el cual el balance de los intereses contrapuestos de las partes puede apreciarse en el preámbulo a su Capítulo I, el cual reza:

*“Desiring through this interim Constitution to establish institutions of democratic self-government in Kosovo grounded in respect for the territorial integrity and sovereignty of the Federal Republic of Yugoslavia and from this Agreement, from which the authorities of governance set forth herein originate”.*⁴³

El Acuerdo establecía como sugerencias principales, en primer lugar, el establecimiento de un sistema de amplia autonomía para Kosovo, el cual provisionalmente se mantenía como parte de Yugoslavia, a quien se le garantizaba su integridad territorial y su soberanía. Sin embargo, una decisión

⁴²LOPEZ-JURADO, C. Óp. Cit., p. 6.

⁴³Interim Agreement for Peace and Self-Government in Kosovo. 23 de febrero de 1999. Capítulo I, Constitución, Preámbulo. <http://www.state.gov/www/regions/eur/ksvo_rambouillet_text.html>. [consulta: 23 de diciembre de 2012]

final sobre el estatuto de Kosovo debía tomarse en un período de entre tres a cinco años y dicho acuerdo debía basarse en la voluntad del pueblo kosovar, en la opinión de las autoridades relevantes, en los esfuerzos de cada parte y en el Acta Final de Helsinki.⁴⁴ Por otro lado, para lograr la implementación del Acuerdo, era necesaria la presencia de las fuerzas militares de la OTAN en el área.

Sin embargo, las reacciones a las proposiciones del Acuerdo, tanto de las autoridades albanesas como de las serbias, no fueron sino de descontento. Por un lado, los representados por Rugova y Thaçi no estaban dispuestos a firmar un documento que no incluyera la celebración de un referéndum para lograr su independencia. Por otra parte, la delegación serbia aceptó devolver a Kosovo su autonomía pero rechazó la posibilidad del despliegue de fuerzas militares extranjeras en la región, lo que significaría, *de facto*, el renunciar a su soberanía.⁴⁵

Sin embargo, las autoridades kosovares fueron persuadidos por la Secretaria de Estado estadounidense, Madeleine Albright, quien les advirtió que si el acuerdo no era firmado por ninguna de las partes, el asunto pasaría a perder importancia en la comunidad internacional y que, en cambio, si ellos firmaban habría una intervención de la OTAN a su favor, en caso de no cumplirse lo pactado.⁴⁶

⁴⁴ Interim Agreement for Peace and Self-Government in Kosovo. *Ibíd.*

⁴⁵ PORTILLA GOMEZ, J. M. *Óp. Cit.*, p. 79.

⁴⁶ PORTILLA GOMEZ, J. M. *Ibíd.*

El Acuerdo de Rambouillet fue firmado por las autoridades kosovares durante la siguiente reunión en París, pero fue rechazado por las autoridades de la República Federativa de Yugoslavia lo que significó el puntapié inicial para el comienzo de la campaña aérea de la OTAN el día 24 de marzo de 1999. Durante 78 días las tropas de la OTAN bombardearon sistemáticamente el territorio de Kosovo con el objetivo de debilitar a las fuerzas serbias, luego del rechazo por parte de Milosevic de los acuerdos de paz de Rambouillet. El saldo del ataque fue de medio millar de civiles muertos, centenares de heridos y millonarias pérdidas en propiedades públicas y privadas.

Si es que existe un consenso sobre la operación de las fuerzas aliadas, este es que dicha intervención tienen un carácter, a lo menos, controversial. Ante el anunciado veto ruso, las fuerzas de la OTAN decidieron bombardear Kosovo sin contar con la autorización del Consejo de Seguridad de la ONU y bajo la justificación oficial, de carácter moral, que obedecía a un deber de intromisión para evitar el crecimiento de la gran catástrofe humanitaria que se vivía en la zona.

Mientras la opinión que prevalece⁴⁷ en el Derecho Internacional es que la intervención de la OTAN tuvo el carácter de ilegal, es bastante fuerte el sector que considera que las actividades militares son moralmente justificables. Acá estamos enfrentados ante la incomodidad de una situación en que una violación a las normas internacionales es considerada como útil y necesaria, mientras

⁴⁷ PEREA UNCETA, J. A. Óp. Cit., p. 124.

que, al mismo tiempo, no se vislumbra una voluntad de una modificación al derecho positivo en caso de que esto se estime necesario.⁴⁸

Naturalmente, la oposición más fuerte a la intervención de la OTAN fue llevada adelante por parte de Serbia, quienes aún siendo parte de la República Federativa de Yugoslavia, demandaron durante la campaña de bombardeos a diez países de la OTAN⁴⁹ ante la Corte Internacional de Justicia⁵⁰ el día 29 de abril de 1999, reclamando la violación de una serie de normas de derecho internacional. Sin embargo, la Corte rechazó por fundamentos formales dicha demanda, al considerar que en el momento en que la formuló, la RFY aún no era miembro de la ONU, por lo que no era parte del Estatuto de la CIJ y no tenía legitimación activa ante ella⁵¹.

Quizás visualizando la enorme responsabilidad que sobrevendría luego de la intervención armada en cuanto al futuro político y social de la región de Kosovo, el llamado Grupo de los Ocho se reunió el 6 de mayo de 1999 con el objetivo de acordar cuáles serían los principios generales que permitirían una solución pacífica al conflicto de Kosovo. Dentro de los acuerdos logrados en la reunión ministerial destaca la decisión del despliegue de una administración

⁴⁸ HILPOLD, P. Óp. Cit., p. 6.

⁴⁹ A saber, Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Holanda, Portugal, España, el Reino Unido y los Estados Unidos.

⁵⁰ En adelante, CIJ o La Corte.

⁵¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 2 de junio de 1999. Legality of Use of Force. Yugoslavia v. United States of America. [en línea] <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=yus&case=114&k=25>>.

internacional, encabezadas por una misión civil y una militar, con el respaldo de la ONU.

Cuando se vislumbraba el fin del bombardeo aliado y tremendamente golpeados por la superioridad de la fuerza atacante, la RFY accedió al llamado para establecer un plan para la paz: el Acuerdo de Kumanovo⁵². Dicho acuerdo contenía los principios para alcanzar una solución a la crisis de Kosovo y fue presentado a los líderes de la RFY por el Primer Ministro de Finlandia, Martti Ahtisaari, representando a la Unión Europea⁵³ y por Viktor Chernomyrdin, representante especial de la presidencia rusa, el día 3 de junio de 1999. La RFY se comprometió a retirar sus fuerzas de Kosovo y accedió a que la presencia internacional, civil y militar, fuera introducida en la provincia, la primera de ellas constituyendo la autoridad administrativa.

Se estima que para el 9 de junio de 1999, el 90% de la población albanokosovar, más de 1.45 millones de personas, había sido desplazado⁵⁴. Al día siguiente, Slobodan Milosevic retiró a las fuerzas serbias de Kosovo, lo que permitió que cerca de la totalidad de los refugiados albaneses retornaran a su tierra natal. Además, alrededor de 200.000 serbios se marcharon de Kosovo⁵⁵

⁵² BERGINK, J. 2010. International law as a political instrument in the case of Kosovo (1999-2010) [en línea] AmsterdamLawForum. VU University of Amsterdam. <<http://ojs.uvu.vu.nl/alf/article/view/164/334>>

⁵³ En adelante, UE.

⁵⁴ CISMAS, I. Op. Cit, p. 565.

⁵⁵ PEREA UNCETA, J. A. Ibíd.

y, ese mismo día, el Consejo de Seguridad de la ONU adoptó la Resolución 1244., lo que cambiaría el futuro de Kosovo para siempre.

La Resolución 1244 del Consejo de Seguridad, aprobada en su 4011^o sesión, celebrada el 10 de junio de 1999 tenía por objetivo el “resolver la grave situación humanitaria de Kosovo y lograr el regreso libre y en condiciones de seguridad de todos los refugiados y las personas desplazadas a sus hogares”⁵⁶. Condenando “todos los actos de violencia contra la población de Kosovo, así como los actos terroristas de todas las partes”⁵⁷, la resolución reafirma “la adhesión de todos los Estados Miembros al principio de la soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia”⁵⁸ y “el llamamiento formulado a favor de una autonomía sustancial y una verdadera administración propia para Kosovo”.⁵⁹

Por otro lado, como habíamos señalado, la resolución decide crear dos instituciones para la administración de Kosovo, una civil y otra de seguridad⁶⁰. La primera de ellas, la Misión de las Naciones Unidas en Kosovo⁶¹ encabezada por el Representante Especial del Secretario General de la ONU, tendría como principales responsabilidades el promover el establecimiento, hasta que se

⁵⁶ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 1244 (1999) Preámbulo. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/docs/comitesanciones/1160/sres1244.pdf>> [consulta: 23 de diciembre de 2012].

⁵⁷ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Ibíd.

⁵⁸ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Ibíd.

⁵⁹ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Ibíd.

⁶⁰ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Óp. Cit., Considerando 5^o.

⁶¹ En adelante, MINUK.

alcance una solución definitiva, de una autonomía y un autogobierno sustanciales en Kosovo, respetando el Anexo 2 de dicha Resolución y los Acuerdos de Rambouillet. Además de cumplir funciones administrativas, organizar el desarrollo de instituciones provisionales para el autogobierno de Kosovo, transferir sus funciones administrativas a dichas instituciones una vez ellas fuesen establecidas y facilitar el proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo, siempre teniendo en cuenta lo acordado en Rambouillet.⁶²

Por su parte, la presencia de seguridad denominada Kosovo Force⁶³ constaría con 50.000 efectivos, sería dirigida por la OTAN y se ocuparía, principalmente, de disuadir a las partes de que reanuden las hostilidades, de supervisar la retirada de las fuerzas serbias, desmilitarizar el UCK, establecer un entorno seguro para el retorno de los refugiados y desplazados y mantener el orden y la seguridad públicos.⁶⁴

Además, la Resolución 1244 hace un llamado para exigir el cese de las hostilidades, de las acciones militares y paramilitares, provenientes de ambas partes y, en la práctica, ubicó a Kosovo bajo protección de las Naciones Unidas.

Quienes habían conducido la campaña de bombardeos que precedió a la instalación de la MINUK, pese a que habían salido victoriosos en su intento por

⁶² CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Óp. Cit., Considerando 11º.

⁶³ En adelante, KFOR.

⁶⁴ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Óp. Cit., Considerando 9º.

poner un rápido final a la perpetración de atrocidades por parte de los serbios en contra de la población albanesa, no querían presenciar el eventual retorno del control de Belgrado sobre la provincia, lo que significaría un virtual riesgo de que aquellas atrocidades retornaran. Sin embargo, una opción de solución a este problema, la independencia de Kosovo, fue rechazada tanto por la RFY, por la minoría serbia dentro de Kosovo y, en un último plano, por Rusia. Por lo tanto, teniendo esto en mente, la función última de la MINUK era la de congelar la situación en la región, eliminando el riesgo de violaciones de derechos perpetradas contra la población albanesa mediante la remoción de las fuerzas serbias, pero con una administración internacional en lugar de la independencia kosovar.⁶⁵

Bajo un programa de trabajo llamado “*standards before status*”, es decir, estándares antes que el estatuto (de Kosovo), la presencia internacional buscó darle prioridad a la imposición del estado de derecho, después de la cual se esperaba que una sociedad kosovar madura se hiciera cargo del proceso del estatuto de forma autónoma. Se esperaba lograr este fin construyendo el sistema de administración local sin tener la intención de lidiar con el asunto de lograr una solución final para el estatuto de Kosovo, lo que pospuso para más tarde, sin especificar la fecha en que se ocuparía de la cuestión.

⁶⁵ WILDE, R. 2011. Self-Determination, Secession, and Dispute Settlement after the Kosovo Advisory Opinion. *Leiden Journal of International Law*. Volumen 24 (1): p. 150.

Mediante esta política, basada en puntos de referencia aprobados por la ONU, se establecían ciertos estándares que debían ser alcanzados antes de que Kosovo dirimiera su nuevo estatus. Estos se centraban en los derechos de las comunidades minoritarias, el regreso de las personas desplazadas, el fortalecimiento de la economía, el diálogo con Belgrado y los derechos de propiedad, los cuales no alcanzaron a ser absolutamente logrados para el tiempo en que comenzaron las negociaciones finales entre ambas partes.⁶⁶

El día 15 de mayo de 2001 los poderes de la MINUK fueron desarrollados y ampliados en la que fue, quizás, la decisión más importante del Representante Especial del Secretario General para Kosovo: el Reglamento 2001/9 que crea el Marco Constitucional para el establecimiento de las Instituciones Provisionales de Autogobierno⁶⁷. Bajo este instrumento, la recientemente creada Asamblea de Kosovo ejercía ciertos poderes, aún limitados, pero la MINUK continúa manteniendo amplia autoridad en temas de relaciones exteriores, de presupuesto y de política monetaria. A su vez, se creó las figuras de Primer Ministro, de Presidente y un Tribunal Constitucional, no obstante, la MINUK continuaba ejerciendo la máxima autoridad ejecutiva, legislativa y judicial, pudiendo intervenir y corregir las decisiones de las PISG para garantizar la plena aplicación de la Resolución 1244.

⁶⁶ MONTANARO, Lucía. 2009. El dilema de la construcción del Estado de Kosovo: la fragilidad de un Estado cuestionado. [en línea] Madrid. Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior. <http://www.observatori.org/paises/pais_55/documentos/WP91_Kosovo_dilema_ESP_nov09.pdf> [consulta: 11 de diciembre de 2012]

⁶⁷ En adelante, PISG, por sus siglas en inglés.

Es sabido que durante este proceso de construcción institucional, las autoridades creadas por la MINUK y las actividades que ellas desarrollaban fueron objeto de intensa crítica. Se estima que la KFOR no fue completamente capaz de proteger a las minorías kosovares más vulnerables y, pese a que se redujo notablemente el número de crímenes étnicos en la región, la implementación de los estándares de la ONU no podían demostrar que Kosovo merecía ejercer la soberanía de forma independiente y responsable.⁶⁸

Asimismo, la tolerancia étnica que promovía la MINUK chocaba contra la memoria colectiva de los albanokosovares, cuyas ramas políticas más radicales e incluso ya las moderadas, estaban decididos en buscar la independencia de Kosovo costara lo que costara.

1.7. El inicio de las conversaciones y el cambio de objetivo de la MINUK.

Los intentos por acercar a las partes comenzaron en el mes de octubre de 2003, cuando las primeras conversaciones tuvieron lugar en Viena entre Belgrado y Pristina. Durante la primera semana de marzo del año 2004, se llevó a cabo una consulta técnica para discutir temas de energía, telecomunicaciones, transporte e incluso se llegó a entablar charlas para clarificar el tema de las personas desaparecidas por ambas partes.⁶⁹

⁶⁸ HILPOLD, P. *Ibíd.*

⁶⁹ GULYAS, L. *Óp. Cit.*, p. 146.

Sin embargo, las conversaciones tuvieron un alto repentino el día 17 de marzo de 2004, fecha en que en la ribera del río Ibar fueron encontrados los cuerpos de dos niños albaneses, quienes habían fallecido ahogados. La noticia fue interpretada como un crimen étnico cometido por minorías serbias, lo que alentó a turbas fanáticas de albanokosovares quienes arrasaron con asentamientos serbios, iglesias y monasterios ortodoxos sin que la KFOR pudiera impedirlo, pese a que posteriormente se confirmó que se había tratado de un accidente doméstico, algo absolutamente ajeno a los conflictos étnicos. Luego de producirse una nueva oleada de desplazados serbios a raíz de este traspié, se demostró que, pese a que habían pasado cinco años de presencia internacional en la región, la situación no había mejorado en demasía.

Ante esta situación, el informe del enviado especial Kai Eide, presentado el 7 de octubre de 2005 al Secretario General de la ONU, Kofi Annan, daba cuenta de la necesidad y la urgencia de una solución oficial sobre la pregunta del estatuto de Kosovo. Eide concluyó que pese a haber señales positivas y negativas sobre el proceso político llevado adelante por la presencia internacional, el proceso de dilucidación del estatus final ya no podía demorarse.

Habiéndose decidido a hacer frente a la definición del futuro de Kosovo, el 14 de noviembre de 2005 es nombrado por Kofi Annan, el ex Primer Ministro finlandés, Martti Ahtisaari, como enviado especial para las negociaciones del futuro estatus de Kosovo.

Las conversaciones se iniciaron a fines de febrero de 2006 en la ciudad de Viena, en las cuales se dieron a conocer las dos propuestas presentadas por las partes, las cuales no variarían en los siguientes años de negociación. Por su parte, Serbia estaba dispuesta a devolverle el estatus de autonomía a Kosovo el cual les había sido arrebatado en 1989 pero no aceptaría que la región fuera independizada. A su vez, las autoridades kosovares declararon que no aceptarían nada que fuese menos que la independencia. Luego de varios meses de negociaciones, en julio del mismo año, se daría fin a la primera ronda de charlas sin ningún tipo de logro ni avance.

En septiembre de 2006, los ministros del Grupo de Contacto se reunieron para discutir los nuevos objetivos, planteados por el nuevo fracaso de las negociaciones de Viena. Agregaron un nuevo principio a los requerimientos para la solución del conflicto de Kosovo, el cual puede ser interpretado como argumentación a favor de la secesión del pueblo kosovar: la decisión final sobre el estatuto de Kosovo tendría que ser acorde a la voluntad de su pueblo⁷⁰. Por su parte, los diplomáticos encargaron a Martti Ahtisaari la misión de encontrar una solución realista y aceptable para ambas partes antes de que se terminase el año, teniendo en cuenta la señal enviada por Moscú de que nunca aceptarían la independencia de Kosovo sin el consentimiento de Serbia.

1.8.El Plan Ahtisaari y la Declaración de Independencia de Kosovo.

⁷⁰ CISMAS, I. Óp. Cit., pp. 573.

Luego de un año de negociaciones fallidas, el enviado especial Martti Ahtisaari procedió a entregar un borrador de propuesta de acuerdo a fines del año 2006. Sin embargo, este documento no fue hecho público hasta el año siguiente cuando, en febrero de 2007, la proposición se hizo pública y sufrió el rechazo de plano por parte de las autoridades serbias por sus decididas y enfáticas afirmaciones. Posteriormente, en marzo del mismo año, fue presentada oficialmente la propuesta integral de acuerdo sobre el estatus futuro de Kosovo ante el Secretario General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

En su informe, el diplomático finés establecía que tras más de un año de negociaciones había quedado claro que las partes no eran capaces de lograr un acuerdo sobre el estatus futuro de Kosovo, agotándose todas las posibilidades de que el diálogo de un resultado mutuamente aceptable, siendo imposible salir del punto muerto al que se había llegado. Así, debido a la urgencia de la solución del problema y tras casi ocho años de presencia internacional, tomando en cuenta la historia reciente de Kosovo y su realidad actual, Ahtisaari presentó la recomendación de que la única opción viable en este asunto era la independencia de Kosovo, la cual debía ser supervisada durante un período inicial por la comunidad internacional.⁷¹

⁷¹ Informe Ahtisaari. Página 2, párrafos 1, 3, 4 y 5. [en línea] <http://www.unosek.org/docref/Comprehensive_proposal-english.pdf> [consulta: 17 de diciembre de 2012]

Asimismo, el enviado especial reconoció como inviable la opción de la reintegración a Serbia, principalmente debido a que sería una situación inaceptable para la inmensa mayoría del pueblo de Kosovo y no estaría exenta de una oposición violenta, poniendo en peligro la paz y la seguridad de la región. Por último, recordando que el conflicto de Kosovo era un caso especial o *sui generis*, que requería de una solución especial, sin crear un precedente para el futuro, Ahtisaari asumió la insostenibilidad económica de una presencia internacional constante, por lo que recomendó que esta sea retirada en un breve período de tiempo, luego de supervisar la culminación de la independencia kosovar.

La propuesta final de Ahtisaari fue apoyada de forma unánime por los diplomáticos de Estados Unidos, la OTAN y la UE, sin embargo, el documento no pudo ser aprobado en el Consejo de Seguridad de la ONU debido al anunciado veto de Rusia.

Luego de un período de nulo avance diplomático, y ante la insistencia rusa en el Consejo de Seguridad, el Grupo de Contacto estuvo de acuerdo en dar una nueva oportunidad para Belgrado y Pristina para llegar a un acuerdo. Todo lo anterior mediante el apoyo de una troica especialmente constituida por un representante de la UE, uno de la Federación Rusa y un diplomático estadounidense

Sin embargo, luego de cuatro meses de esfuerzos y de reuniones llevadas a cabo en Belgrado, Pristina, Viena y Nueva York, y pese al surgimiento de

nuevas ideas como la de darle a Kosovo un estatus similar al de Hong Kong en China, las partes se dedicaron principalmente a repetir los mismos planteamientos que venían manifestando desde hace ya casi dos años.

Por lo anterior, no hubo sorpresas cuando el 10 de diciembre de 2007 las conversaciones entre Kosovo y Serbia finalizaron sin ningún avance significativo, lo que significó, nuevamente, que las partes no pudieran llegar a un acuerdo sobre el estatus final de Kosovo. Luego de esto, la única opción viable para superar este atascamiento era una acción unilateral.⁷²

La base para esta acción unilateral había sido planeada desde unas semanas antes, cuando se celebraron las elecciones de los miembros de la Asamblea de Kosovo el 17 de noviembre de 2007 las que dieron como ganador al partido nacionalista kosovar PDK, ascendiendo al poder Hashim Thaçi como Primer Ministro, permitiendo con ello la radicalización de la postura de la Asamblea.

Esta modificación en la estrategia de la Asamblea de Kosovo dio pie para que, reunidos en una sesión especial, la gran mayoría de sus miembros (sin contar a las minorías serbias que boicotearon la sesión), junto al Presidente y al Primer Ministro, declararan la independencia de Kosovo el día 17 de febrero de 2008, la cual señala, en su considerando más importante, lo siguiente:

⁷² PIPPAN, C. 2010. The International Court of Justice's Advisory Opinion on Kosovo's Declaration of Independence: An Exercise in the Art of Silence. [en línea] European Journal of Minority Issues, Vol 3. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1729650> [consulta: 21 de diciembre de 2012], p. 2.

“1. Nosotros, los dirigentes democráticamente elegidos de nuestro pueblo, por la presente declaramos que Kosovo es un Estado independiente y soberano. Esta declaración refleja la voluntad de nuestro pueblo y es plenamente acorde con las recomendaciones del enviado especial de las Naciones Unidas, Martti Ahtisaari, y con su propuesta general de establecimiento del estatus de Kosovo.”⁷³

Asimismo, las autoridades declararon a Kosovo como una república democrática, laica y multiétnica, se comprometieron a guiarse por los principios de no discriminación e igual protección ante la ley y a crear las condiciones necesarias para la participación efectiva de todos los pueblos de Kosovo y el fomento y la protección de sus derechos.

Además, establece la aceptación plena de las obligaciones del plan Ahtisaari y solicita una presencia internacional, civil y militar, que supervise su puesta en práctica. Una parte importante dentro de la declaración, radica en el compromiso de las autoridades a asumir todas las obligaciones internacionales de Kosovo y a cooperar de manera plena con el Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia.

Como se ha dicho, poca duda cabe acerca de que la Declaración de Independencia había recibido el beneplácito de los Estados Unidos y de que fue coordinada con la UE, pese a la división interna en esta última con relación al

⁷³ Declaración de Independencia de Kosovo. [en línea] <http://estaticos.elmundo.es/documentos/2008/02/17/independencia_kosovo.pdf> [consulta: 21 de diciembre de 2012]

tema del reconocimiento. El día que precedió a la declaración, el Consejo de la UE decidió lanzar una nueva misión exclusiva de la UE para el mantenimiento del estado de derecho en Kosovo⁷⁴ y el nombramiento de un Representante Especial de la UE en la región, ambos mecanismos previstos en el plan Ahtisaari.⁷⁵

1.9. La reacción de Serbia, el reconocimiento de la Comunidad Internacional y la solicitud de una Opinión Consultiva a la Corte Internacional de Justicia.

Al día siguiente de producida la declaración, el 18 de febrero, la Asamblea Nacional de Serbia, reunida en sesión especial y a propuesta de su gobierno, aprobó una resolución que declaró nula y sin efecto la declaración de independencia de Kosovo. Previamente, la Corte Constitucional de Serbia había dictaminado que la declaración de independencia era ilegal por no ser compatible con los estatutos de Naciones Unidas, con la Constitución de Serbia, con la Declaración de Helsinki ni con la Resolución 1244. Asimismo, las autoridades serbias lograron concertar una reunión de emergencia del Consejo de Seguridad para ese mismo día, órgano que, sin embargo, decidió adoptar

⁷⁴ EULEX: The European Union Rule of Law Mission in Kosovo.

⁷⁵ CISMAS, I. Óp. Cit., pp. 578.

ninguna resolución al respecto debido a la disparidad de opiniones de sus miembros.⁷⁶

Por otro lado, Kosovo fue reconocido de forma casi automática por los Estados Unidos y su Secretaria de Estado, Condoleezza Rice, señaló, mientras anunciaba el reconocimiento, que “la combinación inusual de factores encontrada en la situación de Kosovo, incluyendo el contexto de la disolución de Yugoslavia, la historia de limpieza étnica, los crímenes contra civiles kosovares y el largo período de administración de la ONU, no pueden ser encontrados en ningún otro lugar y, por lo tanto, hacen de Kosovo un caso especial. Kosovo no puede ser visto como un precedente para ninguna otra situación en el mundo hoy en día”.⁷⁷

A su turno, Kosovo fue reconocido por 22 de los 27 Estados Miembros de la UE. Es necesario señalar que los Estados europeos que no reconocieron de forma inmediata a Kosovo, son aquellos que, a su vez, tienen problemas internos con movimientos separatistas en sus propios países, como es el caso de España, Chipre, Eslovaquia, Grecia y Rumania. Siguiendo la perspectiva europea, llama la atención el hecho de que, a pesar de que no existe una posición común del Consejo de la UE en relación al reconocimiento de Kosovo debido a la división interna antes mencionada, el Parlamento Europeo y la

⁷⁶ PEREA UNCETA, J. A. Óp. Cit., p. 128.

⁷⁷ Disponible en: <http://tirana.usembassy.gov/08pr_0219.html>

Comisión se hayan posicionado claramente a favor de la creación del Estado de Kosovo.⁷⁸

Por su parte, Serbia siguió adelante con su ofensiva para obtener la condena de la declaración kosovar por parte de la comunidad internacional. Ya en marzo de 2008 las autoridades serbias habían anunciado que buscarían obtener una opinión consultiva de parte de la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, las amplias divisiones entre los Estados hacían difícil prever cuál sería la posición de la mayoría acerca de la posibilidad de recurrir al máximo organismo judicial internacional. Por lo mismo, las posibilidades de Serbia de adoptar una ofensiva muy intensa al formular la proposición de pregunta ante la Asamblea General de las Naciones Unidas no eran muy altas. El desafío serbio consistía en intentar proponer una pregunta lo más amplia posible y que obtuviera el apoyo necesario de los Estados Miembros de la ONU.⁷⁹

Así las cosas, el texto que contenía una propuesta de resolución fue presentado por Serbia ante la Asamblea General el 15 de agosto de 2008 y la pregunta formulada fue la siguiente:

“¿Se ajusta al derecho internacional la declaración unilateral de independencia formulada por las Instituciones Provisionales de Autogobierno de Kosovo?”⁸⁰

⁷⁸ LOPEZ-JURADO, C. Óp. Cit., p. 12.

⁷⁹ HILPOLD, P. Óp. Cit., p. 14.

⁸⁰ Traducción de la pregunta original, en inglés: “*Is the unilateral declaration of Independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?*”

El resultado de la votación llevada a cabo el día 8 de octubre de 2008 durante el 63º Período de Sesiones de la Asamblea General reveló que hubo una relativa mayoría de Estados, representada por 77 votos, a favor de la pregunta prudentemente formulada. Por su parte, únicamente 6 Estados votaron en contra de la resolución y un importante número de 74 Estados se abstuvieron de votar, mostrando su reserva incluso ante una pregunta tan escueta lo que significó, además, que la decisión final tuviera un bajo porcentaje de apoyo de los Estados Miembros. De cualquier forma, lo anterior no impidió que fuese aprobada la Resolución 63/3 (2008) de la Asamblea General de la ONU, por la que se decidió solicitar a la Corte Internacional de Justicia la opinión consultiva en base a la pregunta formulada por Serbia y con fundamento en el artículo 65 del Estatuto del tribunal.

Solo podemos especular acerca de por qué Serbia propuso una pregunta tan acotada en el borrador de la resolución. Una explicación que puede darse es que Serbia sintió que sería más fácil obtener los votos requeridos si es que la pregunta no estaba formulada en torno a la posibilidad de que la CIJ se pronunciara sobre la legalidad del reconocimiento de Kosovo por los demás Estados Miembros de la ONU. Por otro lado, quizás también hubo preocupación en Belgrado en cuanto a que una pregunta más amplia, consultando sobre las consecuencias legales de la Declaración Unilateral de Independencia, pudiese haber sido tomada como un riesgo muy grande por aquellos Estados Miembros que están confrontados con amenazas a su integridad territorial por

movimientos secesionistas.⁸¹ En cualquier caso, pese al disgusto de los académicos, la pregunta, tal y como fue formulada, parece haber sido la correcta desde el punto de vista político teniendo como objetivo su aprobación por la mayoría de los Estados Miembros de la ONU.

⁸¹ PIPPAN, C. Óp. Cit., p. 6.

CAPÍTULO II. LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL
DE JUSTICIA Y LAS DECLARACIONES Y OPINIONES SEPARADAS Y
DISIDENTES DE SUS JUECES.

El 22 de julio del año 2010, luego de haber transcurrido cerca de un año y medio desde la formulación de la pregunta por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución 63/3 (1998), la Corte Internacional de Justicia emitió la Opinión Consultiva sobre la Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo⁸² en la cual concluyó, por diez votos contra cuatro que “la declaración de independencia de Kosovo aprobada el 17 de febrero de 2008 no violó el derecho internacional”.⁸³

La expectación que existía en la comunidad internacional era enorme, sobretudo teniendo en cuenta que esta era la primera vez que se trataba en el mayor tribunal internacional sobre la legalidad de una declaración unilateral de independencia. Además, el proceso seguido ante la Corte despertó tanto interés que fueron treinta y cinco Estados, más la delegación representante de Serbia y

⁸² En adelante, O.C. o La Opinión Consultiva.

⁸³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>>, párrafo 123.

aquella compuesta por las autoridades de Kosovo, quienes formularon presentaciones escritas ante el tribunal en el período que duró entre el 17 de octubre de 2008 y el 17 de abril de 2009, el cual se extendió por cuatro meses con el objeto de que aquellos Estados que hubiesen presentado exposiciones escritas, formularan las observaciones respectivas.

Por su parte, fueron veintinueve los Estados que tomaron parte de las audiencias orales celebradas entre los días 1 y 11 de diciembre de 2009 en La Haya, incluyendo a todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU, quienes tuvieron activa participación en ambas fases del proceso.

La O.C. emitida por la CIJ está dividida en tres apartados. En primer lugar, el tribunal se refiere a aquello relativo a su competencia y a la facultad discrecional que posee para ejercerla. Luego, la Corte se hace cargo de analizar cuál es el alcance y el significado de la cuestión planteada por la Asamblea General y, por último, en la parte más relevante desde un punto de vista jurídico, la CIJ estudia la conformidad de la declaración de independencia con el derecho internacional.

Uno de los factores de mayor interés en esta O.C. es la existencia de numerosas declaraciones (jueces Tomka y Simma), opiniones separadas (jueces Keith, Sepúlveda-Amor, CançadoTrindade y Yusuf) y opiniones disidentes (jueces Bennouna, Skotnikov y Koroma) que fueron adjuntadas al dictamen del tribunal. Esto refleja el alto nivel de importancia que reviste el tema

tocado por la Corte y la gran división de criterios y análisis jurídico presente en sus jueces.

A continuación, el estudio se enfoca en entregar una visión amplia y detallada sobre cuál fue el razonamiento de la mayoría de la CIJ frente a los temas anteriormente desglosados, presentando a su vez la visión de aquellos jueces que votaron en contra de las conclusiones alcanzadas por la mayoría del tribunal o que compartieron aquellas pero aplicando un análisis distinto al alcanzado por el tribunal.

2.1. La competencia de la Corte Internacional de Justicia.

La Corte Internacional de Justicia entiende que una vez que le ha sido solicitada la emisión de una O.C. ella debe, en primer lugar, examinar si es competente para emitir el dictamen que se le solicita.

Al respecto, comienza recordando que el artículo 65 de su Estatuto establece, en su primer párrafo que “la Corte podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma”.

El tribunal reconoce, basándose en su jurisprudencia anterior, que requiere como condición previa al ejercicio de su competencia, que la opinión consultiva sea solicitada por un órgano que esté debidamente autorizado al respecto, el

cual debe formular una pregunta legal y que, excepto en los casos de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, dicha petición surja dentro de la esfera de las actividades del órgano solicitante.⁸⁴

En primer lugar, sobre la legitimidad del órgano para solicitar una O.C., en este caso de la Asamblea General, la Corte recuerda que en el artículo 96 de la Carta de la ONU se autoriza, se le otorga competencia, a dicho órgano para solicitar la emisión de una opinión consultiva “sobre cualquier cuestión jurídica”.

Para ahondar en el tema, la CIJ se refiere a tres normas de la Carta para dilucidar la posible competencia de la Asamblea General en la emisión de la solicitud.

Observa el tribunal que el artículo 10 de dicho instrumento faculta a la Asamblea para discutir de cualquier asunto que esté dentro de los límites de la Carta y lo autoriza para hacer recomendaciones sobre tales materias a los Estados Miembros o al Consejo de Seguridad salvo lo establecido en el artículo 12. Además, recuerda lo dispuesto en el artículo 11 del mismo instrumento el cual establece la competencia de la Asamblea para “discutir sobre toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales que presente a su consideración cualquier Miembro de las Naciones Unidas.”

El referido artículo 12 de la Carta se refiere a la prohibición de la Asamblea General a realizar cualquier recomendación al Consejo de Seguridad sobre

⁸⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 19.

alguna controversia o situación cuando éste se encuentre desempeñando sus funciones con respecto a aquella controversia o situación.

Ante esto, la Corte se hace cargo de aquellas alegaciones proferidas por algunos Estados con respecto a que la Asamblea habría excedido las facultades asignadas por la Carta en el momento en que le solicita a la CIJ la emisión de una opinión consultiva sobre una situación de la que, supuestamente, el Consejo de Seguridad se estaba ocupando de manera activa, por lo que no estaría autorizada y no se cumplirían los requisitos del artículo 96 del Estatuto de la Corte.

Al respecto, el tribunal señala, citando la Opinión Consultiva sobre las Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, que la solicitud de una opinión consultiva no es en sí misma una recomendación, por lo que el referido artículo 12 no limita a la Asamblea General a solicitar la opinión, sino únicamente este precepto puede limitar a dicho órgano con respecto al alcance de las medidas que podría aprobar una vez recibida la opinión de la Corte, algo sobre lo que el tribunal no puede injerir y que no lo lleva rechazar el ejercicio de su competencia.⁸⁵

En segundo lugar, la Corte Internacional de Justicia aborda el tema de si la opinión consultiva que se le solicita corresponde o no a una “cuestión jurídica”. Al respecto, señala que lo que se le pregunta es si la declaración de independencia de Kosovo se ajusta al derecho internacional, por lo que estima

⁸⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 24.

que una cuestión en que expresamente se pregunte a la Corte si una acción en particular es compatible o no con el derecho internacional ciertamente parece ser una cuestión jurídica.⁸⁶ Lo anterior, ya que al estar enmarcada la pregunta en términos jurídicos y al plantear problemas de derecho internacional, sería susceptible de una respuesta basada en el derecho.

Algunos Estados señalaron ante la Corte, que ella debió haber rechazado la solicitud porque la declaración de independencia está inserta dentro del orden constitucional o, sin más, el orden interno de Serbia, no siendo un acto regulado por el derecho internacional al considerarse un acto político. Sobre el particular, los representantes de Kosovo fueron aún más allá y dijeron que un pronunciamiento de la Corte carecería de importancia o efecto práctico porque una manifestación del pueblo o del poder constituyente no puede ser regulada ni por el derecho internacional ni por el derecho constitucional.

Sobre lo anterior, la CIJ no se complica en demasía y siguiendo la regla de los argumentos escuetos y precisos, señala que en este caso no se le ha pedido que analice la conformidad de la declaración de independencia con alguna norma del derecho interno, sino que únicamente se le pide que responda a si aquella se ajusta o no al derecho internacional, lo que puede responder sin problemas basándose en este y sin necesidad de recurrir a ningún sistema de derecho interno.⁸⁷

⁸⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 25.

⁸⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 26.

Además, la Corte señaló que no obstante una cuestión esté revestida de aspectos políticos, esto no es suficiente para privarla de su naturaleza jurídica, por lo que ella no puede negarse a responder a dichos elementos jurídicos y, por lo demás, al analizar si posee competencia para responder de una pregunta, al tribunal no le interesan los motivos políticos que pudieron haber inspirado la solicitud ni tampoco las consecuencias políticas que su O.C. pudiera tener.

Como conclusión, la Corte estableció, por unanimidad que era competente para emitir una opinión consultiva sobre la pregunta formulada por la Asamblea General.

Cabe señalar al respecto que esta es una solución a la que prácticamente siempre llega la Corte. De hecho, sólo una vez en la historia de la Corte Internacional de Justicia ella se ha declarado incompetente para emitir una opinión consultiva y fue en el asunto sobre la Legalidad del uso de las Armas Nucleares, cuando señaló que no estaba dentro de las competencias de la Organización Mundial de la Salud la pregunta sobre si es que era legal el uso o amenaza de las armas nucleares por parte de los Estados Miembros durante los conflictos armados. Sin embargo, de todas formas respondió a la misma pregunta una vez que fue presentada ante ella por la Asamblea General de la ONU.

2.2. El problema de la facultad discrecional.

El segundo apartado de la opinión consultiva, de una extensión extrañamente larga al cubrir veinte párrafos en un asunto preliminar, trata sobre la facultad discrecional que tiene la Corte para ejercer su competencia. Esta posibilidad está establecida en el artículo 65 de su Estatuto, el cual señala que ella “podrá” emitir opiniones consultivas, lo que permite concluir que la Corte no está obligada a ejercer su competencia.

Desde el establecimiento de la Corte Internacional de Justicia, ella nunca ha hecho uso de esta facultad discrecional y su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, sólo una vez se negó a emitir un dictamen ya que la solicitud trataba sobre una disputa entre dos Estados, uno de los cuales, la U.R.S.S. no era miembro de la Liga de las Naciones y no aceptaba la competencia del órgano jurisdiccional. Esto, principalmente, ya que la Corte ha estimado que, al entregar su opinión sobre un tema legal, participa en las actividades de las Naciones Unidas, del cual es un órgano principal, por lo que, en principio, no puede negarse a emitir una opinión⁸⁸, por lo tanto, la jurisprudencia uniforme de la Corte ha establecido que sólo habiendo “razones imperiosas” ella podrá denegar su opinión en respuesta a una solicitud que sea de su competencia.⁸⁹

⁸⁸ RYNGAERT, C. 2010. The ICJ's Advisory Opinion on Kosovo's Declaration of Independence: A missed opportunity? *Netherlands International Law Review*. Volumen 57 (3): p. 482.

⁸⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 30.

Para asegurarse de que en el caso en cuestión no existen razones imperiosas que le obliguen a denegar una respuesta a la pregunta formulada, la Corte pasa a considerar una serie de argumentos y situaciones formuladas por los Estados participantes que podrían llevar a hacerla ejercer la referida facultad jurisdiccional. Las objeciones que han sido planteadas a la CIJ pueden ser divididas en dos categorías: la primera referida a consideraciones extra-legales y la segunda corresponde a una evaluación de la distribución interna de competencias dentro de las Naciones Unidas.⁹⁰

2.2.1. Las consideraciones extra-legales planteadas ante la Corte.

La primera objeción planteada ante la CIJ se refirió a la importancia y la naturaleza de los motivos que existieron detrás de la solicitud de la O.C.

Al respecto, algunos participantes en el proceso señalaron que de los debates que precedieron a la adopción de la resolución que requirió la opinión consultiva de la Corte, se puede inferir que esta no tendría por objeto el asistir a la Asamblea General en el desarrollo del conflicto de Kosovo, si no que, únicamente, buscarían servir a los intereses de Serbia, el único patrocinador del proyecto de resolución cuyos representantes declararon, previa solicitud a la Corte, que votar en contra (de la resolución) sería, en realidad, votar para negar

⁹⁰ JACOBS, D. Y YANNICK, R. 2011. Waiting for Godot: An Analysis of the Advisory Opinion on Kosovo. *Leiden Journal of International Law*. Volumen 24 (2): p. 334.

el derecho de cualquier país, ahora o en el futuro, a solicitar un recurso judicial a través del sistema de las Naciones Unidas.⁹¹

Contra esto, la Corte señaló rotundamente que la competencia consultiva no es un recurso judicial que se pone a disposición de los Estados, si no que es el medio por el cual los órganos de la ONU pueden solicitar la opinión de la Corte para prestarles asistencia en el desarrollo de sus actividades. Por lo anterior, las opiniones consultivas no son brindadas a los Estados Miembros sino que a los órganos que las hubieren solicitado y, precisamente por esa razón, es que las razones individuales de los Estados patrocinadores o de quienes votan a favor de la resolución no son relevantes a la hora de que la Corte establezca si ejerce o no su facultad discrecional para responder a una solicitud de O.C.⁹²

Relacionado al punto anterior, la Corte afirma que algunos Estados participantes alegaron que en la Resolución 63/3 no se indicaba, por parte de la Asamblea General, cuáles eran los fines para los cuales se requería la opinión consultiva y que no se podía inferir de dicha resolución, cuál sería la utilidad del dictamen de la Corte bajo un punto de vista jurídico.

El tribunal rechaza la alegación señalando que, de acuerdo a la mayoría, corresponde al órgano que solicita la opinión, y no a la Corte, el determinar si necesita la opinión para el adecuado desempeño de sus funciones.⁹³ En otras

⁹¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 32.

⁹² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 33.

⁹³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 34.

palabras, la utilidad de la opinión debe ser evaluada por la Asamblea General, y no por la CIJ.

La tercera y última consideración extra-legal se refiere al argumento de ciertos participantes en el proceso, quienes se refirieron a las posibles consecuencias políticas adversas que traería la emisión de la opinión consultiva. Al respecto, la Corte encuentra a este argumento igualmente poco convincente, considerando que no corresponde a la Corte el evaluar si la opinión traería consecuencias negativas o no. Ella no puede imponer una evaluación propia de dichas consecuencias a las del órgano que formula la solicitud.⁹⁴

Asimismo, la Corte señala que el mismo argumento puede, usualmente, usarse tanto por quienes estén a favor como por quienes estén en contra de la emisión de la opinión, y afirma no encontrar un criterio convincente para favorecer a alguna de dichas posiciones al respecto. Este rechazo de las consideraciones políticas es, una vez más, acorde a la jurisprudencia de la Corte, en la que el tribunal ha mantenido sistemáticamente su opción de ejercer su jurisdicción pese a los posibles aspectos o consecuencias políticas de la solicitud.

2.2.2. La distribución interna de competencias en las Naciones Unidas.

⁹⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 35.

El argumento más importante esgrimido dentro del proceso en contra del ejercicio de su jurisdicción por parte de la Corte dice relación con el hecho que la situación de Kosovo ha sido, con primacía, objeto de las labores del Consejo de Seguridad de la ONU como parte de su función de mantener la paz y seguridad internacionales y que, por lo tanto, éste debió haber sido el órgano solicitante.

Al respecto, la Corte realiza un detallado análisis de cuáles han sido las labores de ambos órganos con respecto a la situación de Kosovo, enumerando las resoluciones emanadas del Consejo de Seguridad y destacando que la Asamblea General también aprobó diversas resoluciones relativas al problema kosovar, fundamentalmente aquellas que tenían relación con la situación de los derechos humanos en la región y la aprobación del presupuesto y la financiación de la MINUK.

Sin embargo, de todas formas la Corte reconoce que el asunto de Kosovo no formaba parte del programa anual de la Asamblea General en febrero de 2008, cuando se emitió la declaración de independencia, por lo que fue necesario, posteriormente, incluir el nuevo tema en la tabla de actividades de la Asamblea para poder examinar la propuesta de solicitar una opinión consultiva a la CIJ.⁹⁵

En respuesta a las alegaciones, la Corte señala que la Carta de las Naciones Unidas confiere al Consejo de Seguridad la responsabilidad primaria para la mantención de la paz y seguridad internacionales, pero que esta

⁹⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 38.

competencia no es exclusiva y no recluye a la CIJ, como principal órgano judicial de la ONU, de ejercitar sus funciones judiciales, ya que la Asamblea General no está impedida de lidiar con otros aspectos más amplios de la situación como los temas humanitarios, sociales y económicos, por lo que existe un interés legítimo por parte de la Asamblea en este asunto, el cual puede ser abordado en paralelo por ambos órganos teniendo como único límite el artículo 12 de la Carta de la ONU, el cual restringe la facultad de la Asamblea General de formular recomendaciones después del debate acerca de la situación en Kosovo, pero no precluye la posibilidad de celebrar aquel debate.⁹⁶

Por otro lado, la CIJ recuerda que, en cualquier caso, ella no puede ordenar a la Asamblea General qué pasos debe ésta tomar una vez que haya recibido la O.C. o qué efectos puede la opinión tener en relación a dichos pasos. Además, la Corte tampoco identifica como una razón imperiosa para abstenerse de responder a la solicitud, el hecho de que tenga que interpretar y aplicar las disposiciones de la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad, ya que anteriormente ya ha debido realizar dicha labor incluso en los casos en que el órgano solicitante no ha sido aquel que ha emitido la resolución en cuestión.

2.3. La opinión de los jueces que discreparon con la mayoría acerca del ejercicio de la facultad discrecional de la Corte.

⁹⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafos 40, 41 y 42.

Teniendo como base todas las consideraciones anteriormente expuestas, la Corte determinó, por una mayoría de nueve votos contra cinco, que no existían razones imperiosas para abstenerse de ejercer su competencia respecto de la solicitud formulada por la Asamblea General.⁹⁷

El razonamiento de la mayoría de la Corte, por lo tanto, no estuvo exento de críticas provenientes de los demás jueces que integraron el tribunal. Al respecto, el juez marroquí Mohamed Bennouna afirmó en su opinión disidente que esta fue la primera vez que la Asamblea General solicitó la emisión de una opinión consultiva sobre un tema que no se encontraba dentro de su agenda y que, hasta ese entonces, había sido tratado únicamente por el Consejo de Seguridad. Por lo tanto, estima que la Corte debió haber rechazado responder a la pregunta para evitar que “solicitudes frívolas” de los órganos políticos de la ONU sean presentadas en el futuro y, de esta manera, proteger la integridad de la Corte y de su funcional judicial. La protección de la que habla Bennouna se referiría al intento de explotar al tribunal en un debate político en lugar de preocuparse de balancear correctamente las competencias de los órganos de la ONU.⁹⁸

Asimismo, el juez marroquí destaca que si bien él está consciente de la labor y el deber de la Corte de contribuir a la acción de las Naciones Unidas, la

⁹⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafos 48 y 123.

⁹⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión disidente del Juez Bennouna. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15999.pdf>>, párrafos 2 y 3.

decisión final sobre el estatus de Kosovo no puede ser tomada por la Asamblea General, si no que debe serlo por el Consejo de Seguridad, bajo cuya jurisdicción exclusiva recae el asunto de Kosovo.⁹⁹ Bennouna estima que la Corte sólo puede perder en relación a las consecuencias políticas negativas que tendría la O.C., sin contribuir realmente ni a atenuar las tensiones suscitadas por la declaración de independencia ni a la clarificación de la responsabilidad de las Naciones Unidas respecto de un territorio que está bajo su administración. El juez va aún más lejos al afirmar que, desde la declaración de independencia, el hecho consumado de la creación de Kosovo, en tanto que entidad internacional independiente, está supeditado a lo que suceda en la práctica del día a día, marginalizando *de facto* y cada vez más, la presencia de las Naciones Unidas y de su administración.¹⁰⁰

Por todo lo anterior, el marroquí señala que la Corte no puede suplir al Consejo de Seguridad en el ejercicio de sus responsabilidades, ni tampoco puede constituirse como un garante legal de una política de hechos consumados liderados por quién puede pegar más fuerte. Su deber, agrega Bennouna, es preservar su función, la cual es establecer el derecho, clara e independientemente, y de tal forma lograría proteger su credibilidad al cumplir sus funciones para el beneficio de la comunidad internacional.¹⁰¹

⁹⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo16.

¹⁰⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo23.

¹⁰¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 25.

A su turno, el vicepresidente de la CIJ, el juez eslovaco Peter Tomka, señaló rotundamente en su declaración que la Corte debió haber ejercido su discreción y con ello haber rechazado la posibilidad de responder a la pregunta formulada, esto con el propósito de mantener la integridad de la función jurisdiccional y la naturaleza del tribunal como órgano judicial. Asimismo, el juez señala que el Consejo de Seguridad es el órgano encargado para determinar si la declaración de independencia es conforme al derecho aplicable a tal acto y no otro órgano. Agrega que al no haber hecho tal determinación, el silencio del Consejo no puede ser interpretado como una aprobación tácita de dicha declaración.¹⁰²

Tomka señala que teniendo en cuenta los antecedentes fácticos en la adopción de la Resolución 63/3, no le es posible encontrar un interés suficiente para que la Asamblea General solicite la opinión consultiva. Por lo tanto, el juez estima que, en su opinión, únicamente si es que la Corte hubiera sido preguntada por el Consejo de Seguridad, habría sido conveniente responder a la solicitud.¹⁰³

Es también importante destacar la opinión disidente del juez ruso Leonid Skotnikov, quien critica fuertemente la conclusión a la que llegó la mayoría señalando, en primer lugar, que la Corte debió haber usado su facultad discrecional ya que nunca antes ésta se había enfrentado a una pregunta

¹⁰² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Declaración del Vicepresidente, Juez Tomka. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15989.pdf>>, párrafos 2, 3 y 4.

¹⁰³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafos 5 y 9.

planteada por un órgano de las Naciones Unidas de la cual su respuesta es completamente dependiente de la interpretación de una resolución emanada de otro órgano de la ONU. Estima el juez que una vez que la Asamblea General reciba la opinión consultiva de la Corte, ella no podría beneficiarse de lo establecido por la Corte ya que su actividad estará limitada por el artículo 12 de la Carta.¹⁰⁴

Asimismo, Skotnikov critica la justificación de la mayoría quienes destacan la creciente tendencia de que ambos órganos políticos de la ONU actúen en paralelo sobre asuntos relativos a la mantención de la paz y seguridad internacionales. Señala el juez ruso que dicha tendencia no se aplica al presente caso, puesto que ninguna resolución adoptada por la Asamblea General será relevante al momento de emitir la opinión consultiva, por lo que todo recae en la interpretación que se haga de la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad.¹⁰⁵

Para Skotnikov la falla de la Corte en no ejercitar su discreción y negarse a dar respuesta a la pregunta presentada por la Asamblea General, conlleva a una serie de implicancias negativas para la integridad de la función judicial del tribunal como órgano principal de las Naciones Unidas. En particular, señala que cualquier interpretación que haga el tribunal sobre la Resolución 1244

¹⁰⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión disidente del juez Skotnikov. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/16001.pdf>>, párrafos 1 y 3.

¹⁰⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 6.

carecerá de autoridad y la Corte, al determinar la legalidad de la declaración de independencia, estaría substituyendo injustificadamente al Consejo de Seguridad, único órgano que pudo haber solicitado la opinión consultiva.¹⁰⁶

Por su parte, y pese a haber votado con la mayoría en el fondo del asunto principal, el juez neozelandés Kenneth Keith manifiesta su preocupación hacia la conveniencia de una respuesta de la Corte a la Asamblea General bajo las circunstancias del presente caso. Considera que la CIJ debe abordar el problema de la conveniencia de que un órgano solicite una opinión consultiva cuya temática abarque el ejercicio actual de los poderes especiales de otro órgano de la Carta de las Naciones Unidas.¹⁰⁷

Luego de analizar las distintas resoluciones dictadas tanto por la Asamblea General como por el Consejo de Seguridad, Keith señala que, en su opinión, en el presente caso la Corte no tiene base alguna para llegar a la conclusión de que la Asamblea tiene el interés necesario para solicitar una opinión consultiva, el cual estima ser muy pequeño como para obtener una respuesta de la Corte. Basándose siempre en el casi exclusivo rol del Consejo de Seguridad en esta materia, Keith concluye que la Corte debió haber rechazado responder a la petición formulada.¹⁰⁸

¹⁰⁶CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafos 7 y 9.

¹⁰⁷CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión separada del Juez Keith. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15995.pdf>>, párrafos 1 y 6.

¹⁰⁸CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 17.

Por último, es necesario hacer una referencia a la extensa opinión separada de 240 párrafos del juez brasileiro Antonio CançadoTrindade, quien, sobre el tema del uso de la facultad discrecional por parte de la Corte, comienza afirmando que la distinción entre una pregunta legal y otra política es ilusoria, puesto que los temas pueden tener tanto aspectos legales como políticos y la teoría legal está comúnmente mezclada en el proceso político. Por lo tanto, para el juez el hecho de si una pregunta es legal o política realmente preocupa a la resolución de una pregunta, no a su contenido, y las opiniones judiciales deben sólo, necesariamente, lidiar con temas legales.¹⁰⁹

El juez CançadoTrindade finaliza su análisis sobre la facultad de discreción de la Corte señalando que ella es inexistente. Para alcanzar dicha conclusión se basa en el hecho de que el tribunal habría caído en una confusión innecesaria admitiendo que puede auto-limitarse en su función consultiva y haciendo referencia a una supuesta discreción, una dimensión que en sí, ella no tendría. Estima que el uso de este poder, el cual estaría reservado únicamente para los órganos políticos, en la emisión de opiniones consultivas serviría solamente como una obstrucción a la evolución del derecho internacional, por lo que, estima, dicha supuesta discreción no debería nunca ser ejercitada,

¹⁰⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión separada del juez CançadoTrindade. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/16003.pdf>>, párrafos 8 y 9.

obedeciendo así al deber de la CIJ como principal órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas.¹¹⁰

2.4.El alcance y el significado de la pregunta puesta ante la Corte Internacional de Justicia.

En su tercer apartado, y como última cuestión preliminar antes de entrar a examinar el fondo del asunto, la Corte Internacional de Justicia se propone establecer cuál es el alcance y el verdadero significado de la pregunta formulada ante ella por la Asamblea General.

La Corte comienza su breve análisis recordando que, en ocasiones anteriores, ya se había apartado de la redacción de la pregunta originalmente planteada en tres casos: cuando esta no se había formulado de manera adecuada, cuando determinó que la pregunta no reflejaba las cuestiones jurídicas realmente procedentes y en el caso en que la pregunta presentada era poco clara o vaga. En este último caso, la Corte la aclaró antes de emitir su opinión.¹¹¹

Pese a la aclaración inicial, en el párrafo siguiente la CIJ señala que, en este caso, la cuestión planteada por la Asamblea General está claramente

¹¹⁰CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafos 26, 27 y 34..

¹¹¹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. [en línea]:<<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>>, párrafo 50.

formulada, tratándose de una cuestión acotada y específica: señala que lo que se le solicita a la Corte es su opinión sobre si la declaración de independencia se ajusta o no al derecho internacional.

Limitando lo que será el resultado de la opinión consultiva, el tribunal estima que no se le pregunta sobre cuáles son las consecuencias jurídicas de la declaración de independencia, ni sobre la validez o efectos jurídicos del reconocimiento de Kosovo por los Estados que lo han reconocido como independiente. Lo anterior, basándose en el argumento que cuando algún órgano ha querido, con anterioridad, conocer las consecuencias jurídicas de un asunto determinado, así ha sido formulado ante la Corte.

Además, la Corte señala que, para responder a la cuestión planteada por la Asamblea, no considera necesario abordar cuestiones tales como si la declaración ha desembocado o no en la creación de un Estado o cuál es la legalidad de los actos de reconocimiento de ciertos miembros de la comunidad internacional. El tribunal concluye señalando que no encuentra motivo alguno para reformular el alcance de la pregunta en cuestión.¹¹²

No obstante lo anterior, la Corte aclara que existen dos aspectos en la formulación de la pregunta que requieren de especial atención. En primer lugar, se refiere a la afirmación, presente tanto en la formulación de la pregunta presentada ante ella como en el preámbulo de la resolución que la contiene, acerca de la identidad de los autores de la declaración de independencia.

¹¹²CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo51.

En ambas ocasiones, la Asamblea General determinó que la declaración había sido formulada por las PISG de Kosovo, afirmación que fue impugnada por varios Estados participantes en el procedimiento. Sobre ello, la Corte estima que la identidad de los declarantes es un aspecto que puede afectar la respuesta final relativa a si la declaración se ajusta o no al derecho internacional. Además, en una determinación que no ha estado exenta de críticas, la Corte señala que sería incompatible con el ejercicio adecuado de la función judicial el considerar dicho aspecto como un asunto ya determinado por la Asamblea General.¹¹³ Por lo mismo, la CIJ estima que al evaluar si la declaración de independencia se ajusta o no al derecho internacional, ella debe tener total libertad para examinar todos los antecedentes y decidir por sí misma si la declaración fue promulgada por las PISG de Kosovo o por alguna otra entidad o grupo de personas.¹¹⁴

Posteriormente, la Corte pasa a dar respuesta a quienes hicieron alusión a la opinión otorgada por la Corte Suprema de Canadá en el asunto relativo a la secesión de la provincia de Quebec¹¹⁵ observando que dicha cuestión es notoriamente distinta a la planteada en el caso de Kosovo.¹¹⁶

¹¹³CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 52.

¹¹⁴CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 53 y 54.

¹¹⁵Reference by the Governor-General concerning Certain Questions relating to the Secession of Quebec from Canada. 1998. [en línea] <<http://www.indigenousbar.ca/cases/quecess.PDF>>[consulta: 23 de diciembre de 2012]

¹¹⁶CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 55.

En el asunto referido a Quebec, se le preguntó al máximo tribunal canadiense sobre la posible existencia de un derecho a declarar la secesión de dicha provincia y acerca de si existía una norma de derecho internacional que otorgara un derecho positivo a la Asamblea Nacional, al parlamento o al gobierno de Quebec para declarar su independencia. Al respecto, la CIJ afirma que, en cambio, lo que la Asamblea General ha preguntado en el caso de Kosovo es si la declaración de independencia se ajusta o no al derecho internacional.

Luego de desechar la reclamación anterior, la Corte formula una de las frases más polémicas de la opinión consultiva, al señalar que la respuesta a la cuestión planteada por la Asamblea gira en torno a si el derecho internacional aplicable contiene alguna norma que prohíba la declaración de independencia de Kosovo. Por lo tanto, si el tribunal estima que ese es el caso, la respuesta a la pregunta formulada sería que la declaración de independencia no se ajusta al derecho internacional.¹¹⁷

En suma, la Corte estima que la pregunta planteada por la Asamblea General no requiere dirimir si es que el derecho internacional otorgaba a Kosovo un derecho positivo para declarar unilateralmente su independencia o si este derecho es otorgado, en general, a las entidades situadas dentro del territorio de un Estado, concluyendo que es absolutamente posible que un acto en particular, como es el caso de una declaración de independencia, no infrinja

¹¹⁷CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 56.

el derecho internacional sin que, necesariamente, constituya el ejercicio de un derecho conferido por éste. Así, la Corte piensa que debe emitir una opinión sobre aquel primer punto y no sobre el segundo.¹¹⁸

2.5.Las opiniones particulares de los jueces acerca de las demás cuestiones preliminares.

Sin duda uno de los asuntos que más polémica causó en las opiniones de los jueces que discordaron con la mayoría de la Corte fue aquella correspondiente a lo que ellos ven como una reformulación de la pregunta planteada, la cual, originalmente comprendía la mención de los autores de la declaración de independencia como las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo.

Al respecto, el juez Bennouna señala que la Corte se sintió en la total libertad para modificar el planteamiento de la solicitud a tal punto de que alteró completamente tanto su significado como su alcance algo que, en su opinión, no debió realizar por cuanto no le ve mayor relevancia al hecho de que la identidad de los declarantes no haya sido discutida durante la adopción de la respectiva resolución, sino que, señala, lo único importante es el contenido de la pregunta formulada por la Asamblea General.¹¹⁹

¹¹⁸CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Ibíd.*

¹¹⁹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión disidente del Juez

Bennouna agrega sobre el mismo tema que si la Corte fue capaz de aplicar su discreción hasta ese nivel, al terminar respondiendo a una pregunta que había sido ajustada con anterioridad para llenar un molde preconcebido, entonces esto perjudica seriamente el sentido de la seguridad jurídica que debe prevalecer entre los Estados y los órganos de las Naciones Unidas que recurren a la Corte.¹²⁰

Por su parte, el vicepresidente Tomka señala, no sin cierta ironía, que si la Corte había señalado con anterioridad que la pregunta fue planteada de forma clara, con un contenido específico y estrecho, no había ninguna necesidad de ajustarla para lograr el objetivo planteado. Asimismo, agrega que la conclusión a la que llegó la Corte no tiene ninguna base sólida en los hechos que rodearon a la adopción de la declaración y la cataloga como una construcción intelectual *post hoc*. De esta forma, el juez critica el hecho de que el razonamiento de la mayoría del tribunal insinúa que todos los actores relevantes no sabían correctamente quiénes fueron los que adoptaron la declaración del 17 de febrero 2008: Serbia, cuando propuso la pregunta; los demás Estados presentes al momento de adoptar la Resolución 63/3 en la Asamblea General; el Secretario General de las Naciones Unidas y su Representante Especial cuando comunicaron la adopción de la declaración a la Asamblea; y, más aún, el Primer Ministro de Kosovo cuando introdujo él mismo el texto de la

Bennouna. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15999.pdf>>, párrafos 27 y 29.

¹²⁰CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., p. 35.

declaración en la sesión especial de la Asamblea de Kosovo, por lo que para Tomka la pregunta estaba correctamente formulada por la Asamblea General, no habiendo razón para ajustarla ni, consecuentemente, para modificar el título mismo del presente caso.¹²¹

Otro tanto es aportado por el juez Koroma, quien señala que si bien la Corte tiene la posibilidad de reformular o interpretar la pregunta planteada ante ella, no es libre de reemplazar la pregunta formulada por una propia y, luego, proceder a responder esta última. Lo anterior es, según él, lo que la Corte hizo en este caso, pese a que afirma que no ve ninguna razón para reformular la pregunta planteada por la Asamblea General.¹²²

Koroma va más allá, al señalar que nunca antes la Corte había reformulado una pregunta a tal punto de resultar una completamente nueva, una absolutamente distinta, lo que atenta contra la intención del órgano que la formuló. Concluye que la Corte no tenía el poder para reformular la pregunta, implícita o explícitamente, y que aquello significará responder sobre el actuar de

¹²¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Declaración del Vicepresidente, Juez Tomka. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15989.pdf>>, párrafos 12 y 21.

¹²² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión disidente del Juez Koroma. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15991.pdf>>, párrafo 3.

cualquier otra entidad que no fueran las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo.¹²³

El segundo punto que fue duramente criticado por algunos jueces, fue la conclusión a la que llegó la Corte referida a que la pregunta de la Asamblea General debía ser respondida sólo buscando alguna norma prohibitiva en el derecho internacional.

Al respecto, en su declaración el juez alemán Bruno Simma manifiesta preocupación por lo que califica como un análisis innecesariamente limitado y potencialmente engañoso. Especialmente, refiriéndose al hecho de que la metodología usada por la Corte sería sumamente problemática, tanto al interpretar la solicitud de la Asamblea como al dilucidar si la declaración de independencia fue adoptada en violación al derecho internacional.

Para Simma, esta interpretación no sólo va en contra de la formulación textual de la pregunta sino que, además, excluye del análisis de la Corte cualquier consideración de si el derecho internacional puede, específicamente, permitir o incluso prever un derecho a declarar la independencia cuando ciertas condiciones son cumplidas.¹²⁴

El juez alemán agrega que el razonamiento de la Corte refleja una visión añeja del derecho internacional, que toma el adagio, expresado previamente en

¹²³CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Ibíd.*

¹²⁴CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Declaración del Juez Simma. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15993.pdf>>, párrafo 1.

el Caso Lotus seguido ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, según el cual las restricciones a la Soberanía de los Estados no pueden ser presumidas, debido a la naturaleza consensual del orden legal internacional. De esta forma, la Corte habría concluido en su O.C. que, en relación a un acto específico, no es necesario el demostrar la existencia de una norma permisiva tan pronto no haya una prohibición.¹²⁵

Simma señala que en un orden internacional que está fuertemente influenciado por las ideas del derecho público, el razonamiento de la Corte en este punto es obsoleto. Primero, al limitar el alcance de la pregunta de un modo excesivo, el tribunal no está respondiendo a la cuestión planteada de forma satisfactoria, para lo que requeriría de un completo análisis de las normas prohibitivas y permisivas que se relacionen con las declaraciones de independencia. Además, Simma señala que al defender el principio del caso Lotus, la Corte no aprovechó la oportunidad de ir más allá de esta visión consensual y anacrónica del derecho internacional, ya que pudo también haber considerado la posibilidad de que el derecho internacional sea neutral o deliberadamente silente al tratar la legalidad de ciertos actos. Con esto, la Corte se habría olvidado de la amplitud de la expresión “ajustarse al derecho internacional”.¹²⁶

El mismo punto de vista del juez Simma, es compartido por el juez somalí Abdulqawi Yusuf, quien en su opinión separada estima que el razonamiento de

¹²⁵CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 2.

¹²⁶CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 3.

la Corte acerca de la forma de abordar la pregunta formulada constituye una lectura excesivamente restringida y estrecha del asunto. Así, Yusuf señala que lo que fue preguntado a la Corte es si el proceso en el cual el pueblo de Kosovo buscaba establecer su propio Estado podría ser considerado dentro del derecho internacional como la posible existencia de un derecho positivo para la secesión, según las circunstancias que prevalecían en su territorio. De esta forma, el juez cree que la restricción del alcance de la pregunta a una posible prohibición por parte del derecho internacional hacia las declaraciones de independencia vacía a la O.C. de mucho de su potencial contenido y substancia.¹²⁷

2.6. La conformidad de la declaración de independencia con el derecho internacional.

Una vez finalizado el examen de las cuestiones preliminares, lo que ocupa dos tercios del total de la opinión consultiva, la Corte pasa a analizar el fondo del asunto, previa narración de los antecedentes fácticos que precedieron a la declaración de independencia. Para esto, el método del tribunal consistió en examinar, en primer lugar, si existe alguna norma de derecho internacional general que prohibiera las declaraciones unilaterales de independencia para

¹²⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión separada del juez Yusuf. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/16005.pdf>>, párrafo 2.

luego, en un segundo punto, pasar a determinar la conformidad de la declaración de independencia de Kosovo con la ley especial aplicable a este caso, es decir, la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad y el Marco Constitucional dictado por la administración internacional.

2.6.1. Conformidad con el derecho internacional general.

La Corte Internacional de Justicia comienza el breve examen (de sólo seis párrafos) recordando que en siglos anteriores se llevaron adelante diversas declaraciones de independencia que, en su momento, fueron contestadas por el Estado madre y que, dichas declaraciones, algunas veces dieron lugar a la creación de nuevos Estados y otras veces no.

De lo anterior, señala la Corte, no es posible sugerir, por la práctica de los Estados, que el hecho de promulgar dichas declaraciones sea contrario al derecho internacional. Por el contrario, agrega el tribunal, de la práctica de los Estados en ese período se desprende claramente que el derecho internacional no prohibía las declaraciones de independencia.¹²⁸

La Corte continúa el análisis histórico señalando que en la segunda mitad del siglo XX, el derecho internacional en materia de libre determinación de los

¹²⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. [en línea]:<<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>>, párrafo 79.

pueblos evolucionó hasta dar lugar a un derecho a la independencia de los pueblos de los territorios no autónomos y de aquellos sometidos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras, es decir, en el ámbito de la colonización, tras lo cual nacieron muchos Estados mediante el ejercicio de dicho derecho. Asimismo, el tribunal afirma que ha habido casos de declaraciones de independencia fuera de aquel contexto. Con todo, la Corte concluye que en ninguno de los dos casos la práctica de los Estados revela la aparición, en el derecho internacional, de una nueva norma que prohíba la adopción de una declaración de independencia.

A continuación, la CIJ aborda uno de los tantos temas polémicos de la opinión consultiva, el cual versa sobre la posible aplicación del principio de integridad territorial a este caso, el cual, según las alegaciones de varios participantes en el proceso, contendría una prohibición implícita en contra de la emisión de declaraciones unilaterales de independencia.

Al respecto, la Corte reconoce que el principio de integridad territorial de los Estados es un elemento importante del ordenamiento jurídico internacional¹²⁹ y procede a citar, en primer lugar, el artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas donde dicho principio se encuentra consagrado. Según aquel precepto:

“Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad

¹²⁹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 80.

territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”.¹³⁰

Continúa la Corte, señalando que en la Resolución 2625 de la Asamblea General, titulada “Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”¹³¹, se reitera que el principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, deben abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado. En ese mismo sentido, la Corte recuerda que el Acta Final de la Conferencia de Helsinki sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa de 1 de agosto de 1975 estableció, en su artículo 4, la obligación de los Estados participantes de respetar la integridad territorial de cada uno de los Estados parte.

De esta forma, la Corte concluye que, en base al análisis de lo establecido en los instrumentos antes mencionados, el alcance del principio de integridad territorial se circunscribe únicamente al ámbito de las relaciones entre Estados, no siendo aplicable a los actores intra-estatales y, por lo tanto, no puede ser aplicado al caso de la declaración de independencia.

¹³⁰ Carta de las Naciones Unidas. Suscrita en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional el 26 de junio de 1945 en San Francisco, California. [en línea]: <<http://www.un.org/es/documents/charter/index.shtml>>

¹³¹ En adelante, Declaración sobre Relaciones de Amistad.

A continuación, la CIJ se hace cargo de las alegaciones de ciertos Estados participantes, quienes invocaron resoluciones anteriores del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en las cuales se condenaban determinadas declaraciones de independencia, específicamente en los casos de Rhodesia del Sur, Chipre septentrional y de la República Srpska.

Al respecto, la Corte entrega una de sus más valiosas conclusiones dentro de la opinión consultiva: señala que en todos aquellos casos el Consejo de Seguridad se pronunció sobre la situación concreta que existía al momento de realizar las declaraciones de independencia, por lo tanto, la ilegalidad de ellas no se derivaba de su carácter unilateral, sino que del hecho de que habían ido acompañadas de un uso ilícito de la fuerza o de otras graves infracciones a normas de derecho internacional general, en particular a aquellas de carácter imperativo o de *iuscogens*.¹³²

Por lo tanto, la Corte concluye que del carácter excepcional de dichas resoluciones, se puede confirmar que no cabe inferir ninguna prohibición general de las declaraciones unilaterales de independencia de la práctica del Consejo de Seguridad.

Otra de las conclusiones polémicas a la que llegó la Corte fue aquella referida a la posible existencia de un derecho de libre determinación externo o

¹³² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. [en línea]:<<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>>, párrafo 81.

de secesión como remedio a favor del pueblo de Kosovo en virtud de las circunstancias fácticas que antecedieron la declaración de independencia y, fundamentalmente, las masivas y sistemáticas violaciones de derecho humanos, por parte de la autoridad serbia, de las que fueron víctimas los albanokosovares.

Sobre aquello, el tribunal señaló que varios participantes durante el proceso, aunque en su mayoría como argumento secundario, estimaron que la población de Kosovo tenía efectivamente un derecho de secesión debido a la situación sufrida a manos de los serbios. La CIJ indicó que si bien reconoce la importancia del principio de la libre determinación de los pueblos, la cuestión de si existe o no el derecho conferido a una parte de la población de un Estado a separarse de él y las circunstancias necesarias para que este se manifieste, suscitó opiniones radicalmente distintas en los participantes en el proceso.¹³³

Sin embargo, la Corte rechaza referirse a aquel controvertido tema y señala que considera innecesario pronunciarse al respecto. Ello, ya que la Asamblea General solamente le había solicitado su opinión sobre la conformidad de la declaración de independencia de Kosovo con el derecho internacional, mientras que el debate sobre el alcance del derecho a la libre determinación y la eventual existencia del derecho a la secesión como remedio se encuentra fuera del ámbito de la pregunta formulada. Por lo tanto, la Corte señala que dicha materia excede el marco de la cuestión planteada por la Asamblea General, sobre el

¹³³CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 82.

cual únicamente debe responder si la declaración vulneró el derecho internacional general o la ley especial aplicable creada por la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad.¹³⁴

La CIJ concluye el breve análisis de este apartado señalando que, por todos los motivos expuestos, considera que el derecho internacional general no contiene ninguna prohibición aplicable a las declaraciones unilaterales de independencia y que, por lo tanto, la declaración de 17 de febrero de 2008, no violó el derecho internacional general.¹³⁵

2.6.2. La Resolución 1244 del Consejo de Seguridad y el Marco Constitucional creado al amparo de ella.

La Corte comienza este apartado reconociendo que la Resolución 1244 fue expresamente aprobada al amparo del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, por lo que ella impone obligaciones jurídicas internacionales. Agrega que la resolución, la cual trata específicamente de la situación en Kosovo, forma parte del derecho aplicable en este caso, lo que no fue cuestionado por ninguno de los Estados participantes en el proceso.¹³⁶

A continuación, el tribunal pasa a analizar si es que el Marco Constitucional corresponde también al derecho internacional aplicable o si, como señalaron

¹³⁴CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 83.

¹³⁵CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 84.

¹³⁶CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 85.

varios de los participantes, es un acto de derecho interno, en cuyo caso la cuestión de la compatibilidad de la declaración de independencia con él quedaría fuera del ámbito de la pregunta formulada por la Asamblea General.

En un razonamiento escueto y, por cierto, no exento de críticas, la Corte señala que los reglamentos de la MINUK, dentro de los cuales se cuenta al Marco Constitucional, son promulgados por el Representante Especial del Secretario General de la ONU en virtud de la autoridad conferida por la Resolución 1244 y, en última instancia, por la Carta de las Naciones Unidas. De esta forma, la CIJ estima que la fuerza obligatoria del Marco Constitucional deriva del carácter vinculante de la Resolución 1244, es decir, del derecho internacional, revistiendo, entonces, él mismo carácter jurídico internacional.¹³⁷

A continuación, la Corte observa que el Marco Constitucional forma parte de un ordenamiento jurídico específico aplicable únicamente en Kosovo y cuyo objetivo es regular, únicamente durante la fase provisional, cuestiones que habitualmente serían objeto del derecho interno y no del derecho internacional.¹³⁸ Asimismo, el tribunal destaca que tanto la Resolución 1244 como el Marco Constitucional seguían estando en vigor y siendo aplicables el día 17 de febrero de 2008¹³⁹, otorgando considerables facultades de supervisión al Representante Especial del Secretario General en relación a la

¹³⁷CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 88.

¹³⁸CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 89.

¹³⁹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 91.

labor de las PISG de Kosovo¹⁴⁰ y constituyendo el derecho internacional aplicable a la situación imperante en aquella fecha, el cual debe tomarse en consideración para responder a la cuestión planteada por la Asamblea General en su solicitud de opinión consultiva.¹⁴¹

2.6.2.1 La interpretación de la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad.

Antes de proseguir con el examen del derecho internacional aplicable al caso de Kosovo, la CIJ procede a recordar diversos aspectos referentes a la interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, lo que es considerado como uno de los grandes aportes de la opinión consultiva.

Al respecto, la Corte señala que si bien es pertinente recurrir a las normas relativas a la interpretación de los tratados, establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las diferencias que existen entre las resoluciones del Consejo de Seguridad y los tratados obligan a que se tengan presente otros factores al momento de interpretar las primeras.¹⁴²

Dichos instrumentos, agrega la Corte, son aprobados por un órgano colegiado único, se redactan siguiendo un proceso de votación muy distinto del que se emplea para la celebración de un tratado, en el cual se presenta la

¹⁴⁰CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 90.

¹⁴¹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 93.

¹⁴²CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 94.

opinión del Consejo de Seguridad como órgano y las resoluciones pueden ser vinculantes para todos los Estados Miembros, independiente de que hayan participado o no en su formulación.

Así las cosas, el tribunal señala que la interpretación de las resoluciones puede requerir que se analicen, entre otras cosas, las declaraciones formuladas por los representantes de los miembros del Consejo de Seguridad al momento de su aprobación y de otras resoluciones que traten sobre la misma cuestión, así como la práctica ulterior de los órganos pertinentes de las Naciones Unidas y de los Estados afectados por esas resoluciones.¹⁴³

Con respecto a la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad, la Corte señala que ella debe interpretarse a la luz de los principios generales establecidos en sus anexos 1 y 2, principios que trataban de resolver la crisis de Kosovo poniendo fin, primero, a la violencia y la represión, para luego establecer una administración provisional la cual tenía como objetivo a largo plazo la puesta en marcha de un proceso político que tuviera por fin establecer un acuerdo sobre un marco político provisional que previera un gobierno autónomo sustancial para Kosovo, teniendo siempre en cuenta los acuerdos de Rambouillet y los principios de soberanía e integridad territorial de la RFY.¹⁴⁴

Teniendo esto en mente, la CIJ distingue una serie de características de la Resolución 1244. En primer lugar, señala que la resolución establece una presencia internacional civil y una de seguridad en Kosovo con plena autoridad

¹⁴³CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 94.

¹⁴⁴CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 95.

civil y política y responsable en exclusiva de la gobernanza de Kosovo. Así, estima que la Resolución 1244 y el Marco Constitucional tuvieron por objeto reemplazar el ordenamiento jurídico serbio y establecer una administración internacional del territorio, por lo que el despliegue de ambas presencias debe entenderse como una medida excepcional sobre aspectos civiles, políticos y de seguridad, destinada a responder a la crisis que existía en aquel territorio en 1999.¹⁴⁵

En un segundo término, la Corte indica que la solución recogida en la Resolución 1244, a saber, el establecimiento de una administración internacional provisional del territorio, tenía por objeto el suspender temporalmente el ejercicio de la autoridad de Serbia derivada de la soberanía que seguía teniendo sobre el territorio de Kosovo. Asimismo, la finalidad del régimen jurídico establecido en la resolución era establecer, organizar y supervisar el desarrollo de las PISG en Kosovo bajo los auspicios de la presencia internacional provisional.¹⁴⁶

En tercer lugar, la CIJ observa que la Resolución 1244 establece un régimen provisional y no puede interpretarse en el sentido de que establece un marco institucional permanente en el territorio de Kosovo. La MINUK solamente debía facilitar la solución negociada deseada para el futuro estatus de Kosovo, sin prejuzgar el resultado del proceso de negociación.¹⁴⁷

¹⁴⁵CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 97.

¹⁴⁶CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 98.

¹⁴⁷CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 99.

Como conclusión, el tribunal determina que el objeto y fin de la Resolución 1244 era establecer un régimen jurídico temporal de carácter excepcional, que sustituyó al ordenamiento jurídico serbio salvo en ciertos casos excepcionales, cuyo objetivo era estabilizar Kosovo y que debía aplicarse de forma provisional.¹⁴⁸

2.6.2.2. Conformidad de la declaración unilateral de independencia con la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad y con el Marco Constitucional.

2.6.2.2.1. La identidad de los autores de la declaración.

La cuestión de quiénes eran los autores de la declaración de independencia parecía una cosa zanjada para muchos Estados e, incluso, para la Asamblea General. Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia estimó que para responder a la pregunta sobre si la ley especial aplicable contenía alguna prohibición específica de emitir una declaración de independencia, era necesario, previamente, determinar quién emitió dicha declaración, es decir, si ella fue obra de la Asamblea de Kosovo o si quienes la aprobaron actuaron en distinta calidad.

La Corte identificó que en el proceso seguido ante ella hubo evidencias de visiones completamente contrapuesta a este respecto. Así, para algunos

¹⁴⁸CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 100.

Estados la declaración había sido aprobada en una sesión de la Asamblea de Kosovo en la cual ella actuó como una de las instituciones provisionales de autogobierno. En cambio, otros participantes sostuvieron que tanto la redacción del documento como las circunstancias en que se había aprobado indicaban claramente que la declaración no era obra de la Asamblea de Kosovo y que ella no surtía efecto en el marco jurídico creado para la fase provisional.¹⁴⁹

Siendo probablemente la conclusión más débil en cuanto a su razonamiento y, por cierto, la más criticada dentro de la opinión consultiva, la Corte establece que los factores que rodean a la aprobación de la declaración unilateral de independencia permiten concluir que los autores de la declaración del 17 de febrero de 2008 no actuaron como institución provisional de autogobierno dentro del Marco Constitucional que los limitaba, sino que como personas que actuaban conjuntamente, en su calidad de representantes del pueblo de Kosovo, fuera del marco de la administración provisional.¹⁵⁰

El tribunal llega a dicho resultado, en primer lugar, reconociendo que en la apertura de la sesión de aquel 17 de febrero, el Presidente de la Asamblea y el Primer Ministro de Kosovo hicieron referencia a la Asamblea de Kosovo y al Marco Constitucional. Sin embargo, la Corte considera que, no obstante lo anterior, la declaración debe considerarse en un contexto más amplio, teniendo en cuenta los acontecimientos que precedieron a su aprobación y, en particular,

¹⁴⁹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 103.

¹⁵⁰CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 109.

los relacionados con el denominado “proceso relativo al estatuto definitivo”.¹⁵¹ Sobre aquel, los jueces señalan que el objetivo principal de la Resolución 1244 era establecer un marco provisional de autogobierno para Kosovo y, si bien al aprobarse la resolución se pensaba que el estatuto definitivo se derivaría del marco establecido por ella, la resolución no fijó los límites específicos del proceso relativo al estatuto definitivo y, menos aún, su resultado.¹⁵²

Por otro lado, la Corte no olvida el tortuoso período de negociaciones llevado a cabo entre Pristina y Belgrado, y en un acto donde pareciera que tomara partido por los kosovares, señala que la declaración de independencia refleja la conciencia de sus autores del fracaso de las negociaciones sobre el estatuto definitivo y del momento crítico que se había alcanzado para el futuro de Kosovo. Al respecto, observa que la redacción de la declaración indica que los autores de la declaración no pretendían actuar dentro del marco normal de autogobierno provisional de Kosovo, sino que su objetivo era que Kosovo se convirtiera en un Estado independiente y soberano. Por lo tanto, en otra afirmación que sería fuertemente criticada como veremos *infra*, el tribunal señala que la intención de quienes aprobaron la declaración de independencia no era que ella surtiera efecto dentro del ordenamiento jurídico creado para la fase provisional, cosa que en opinión de la Corte tampoco podía hacer. Así, los jueces consideraron que los autores no actuaron, ni pretendieron actuar, en su calidad de institución creada por ese ordenamiento jurídico y facultada para

¹⁵¹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 104.

¹⁵²CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Ibíd.*

actuar dentro de él, sino que decidieron adoptar una medida cuya significación y efectos se situaron fuera de ese ordenamiento.¹⁵³

A su vez, la Corte identifica ciertas particularidades en el texto de la declaración y en su proceso de adopción que le ayudan a confirmar la veracidad de su conclusión. En primer lugar, se refiere al texto original de la declaración, a su única versión auténtica en idioma albanés, en el cual nunca se menciona que la declaración sea obra de la Asamblea de Kosovo, esto solamente se habría agregado en las traducciones al inglés y al francés.

Por otra parte, el tribunal distingue el hecho que la declaración fue firmada por todos los presentes, incluido el Presidente de Kosovo, quien no formaba parte de la Asamblea. Además, destaca que los autores se hayan autodenominado como “los dirigentes democráticamente elegidos de nuestro pueblo” y el hecho de que la declaración no haya sido remitida al Representante Especial del Secretario General para su publicación en el Boletín Oficial.

Finalmente, como último argumento, la Corte da una gran importancia al comportamiento del Representante Especial del Secretario General ante la declaración de independencia. Al respecto, recuerda que en anteriores ocasiones él había declarado nulos varios actos emanados de la Asamblea de Kosovo y que favorecían su independencia por considerarlos incompatibles con el Marco Constitucional habiendo excedido, por tanto, sus facultades, hecho que no sucedió con la declaración del 17 de febrero de 2008.

¹⁵³CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 105.

Según la CIJ, el silencio del Representante Especial sugiere que este no consideraba que la declaración fuera un acto de las instituciones provisionales de autogobierno destinado a surtir efecto en el ordenamiento jurídico de cuya supervisión era responsable. Lo anterior, ya que su obligación habría sido actuar contra los actos de la Asamblea de Kosovo que considerara *ultra vires*, lo cual, para la Corte, no fue posible en este caso debido a la calidad en la que supuestamente actuaron los declarantes.¹⁵⁴

2.6.2.2.2. Conformidad de la actuación de los autores de la declaración de independencia con la Resolución 1244 y con el Marco Constitucional.

La Corte comienza el análisis final sobre la legalidad de la declaración unilateral de independencia, recordando que varios Estados participantes en el proceso argumentaron que la declaración era un intento unilateral por poner fin a la presencia internacional, lo que sólo podía lograrse mediante una resolución del Consejo de Seguridad. Además, se dijo que una solución al conflicto sólo podría ser alcanzada mediante un acuerdo de todas las partes involucradas o mediante una resolución específica del Consejo de Seguridad. Por ende, según estos Estados la declaración unilateral de independencia no era compatible con el orden legal imperante y vulneraba la Resolución 1244.

¹⁵⁴CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 108.

A continuación, el tribunal recuerda que, a su vez, otros participantes señalaron ante la Corte que la Resolución 1244 no impedía ni excluía la posibilidad de la independencia de Kosovo, ya que ella únicamente regulaba la administración provisional pero no el estatus definitivo o permanente. Además, los Estados sostuvieron que las referencias de la resolución a los acuerdos de Rambouillet y, por lo tanto, a la voluntad del pueblo de Kosovo, respaldaban la idea de que el Consejo de Seguridad no se oponía a la independencia, sino que incluso la respaldaba y que, una vez agotado el proceso de negociación, la resolución ya no era obstáculo para la declaración de independencia.¹⁵⁵

Con respecto a la Resolución 1244, el primer instrumento que la Corte analiza, ella comienza su razonamiento recordando que el objetivo esencial de la resolución era el crear un régimen provisional para Kosovo con miras a encauzar un proceso político a largo plazo para establecer su estatuto definitivo, sobre el cual la resolución no contenía ninguna disposición que se ocupara de él o de cómo alcanzarlo. Sobre lo mismo, la Corte observa que la práctica contemporánea del Consejo de Seguridad muestra que, en aquellos casos en que el Consejo ha decidido establecer condiciones restrictivas en relación con el estatuto permanente de un territorio, ellas se han especificado en la correspondiente resolución, como el caso de la Resolución 1251 de 1999 referida al caso de Chipre, donde reafirma la soberanía y personalidad únicas

¹⁵⁵CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 112.

de dicho Estado, prohibiendo cualquier intento de secesión unilateral, lo que no se observa en la situación de Kosovo.¹⁵⁶

Por otro lado, la Corte reconoce que con respecto a los destinatarios de la resolución, el principal objetivo de esta era imponer obligaciones y conferir autorizaciones destinadas a los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los órganos como el Secretario General y su Representante Especial, por lo que no había nada en el texto de la resolución que indicara que el Consejo de Seguridad tuviera la intención de imponer, además, una obligación específica de actuar o una prohibición de actuar dirigida a los autores de la declaración.

Por todo lo anterior, la Corte señala que no puede aceptar el argumento según el cual la Resolución 1244 contiene una prohibición de proclamar la independencia que vincule a los autores de la declaración unilateral, tampoco cabe inferir dicha prohibición tras la interpretación de los términos de la resolución en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin. Además, el tribunal establece que el tenor de la resolución es, en el mejor de los casos, ambiguo, pero que, así todo, no impedía que los autores de la declaración del 17 de febrero de 2008 proclamaran la independencia de Kosovo, no habiéndose vulnerado la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad.¹⁵⁷

Para finalizar, en el último párrafo sobre el análisis del fondo del asunto, la Corte Internacional de Justicia se hace cargo de las alegaciones de los Estados que sostuvieron que la promulgación de la declaración de independencia era un

¹⁵⁶CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 114.

¹⁵⁷CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafos 118 y 119.

acto que excedía las competencias de las PISG de Kosovo, facultades que estaban establecidas en el Marco Constitucional.

Al respecto, la CIJ recuerda que ya ha considerado que la declaración de independencia del 17 de febrero de 2008 no fue adoptada por las instituciones provisionales de autogobierno y que tampoco se trataba de un acto que estaba destinado a surtir efectos, o que los surtiera realmente, en el ordenamiento jurídico en el que operaban dichas instituciones. Por ello, finaliza el tribunal, los autores de la declaración no estaban vinculados por las facultades de las instituciones provisionales y, de esta forma, la declaración de independencia no vulneró el Marco Constitucional.¹⁵⁸

Así las cosas, y luego de todos los argumentos esgrimidos, la Corte finaliza la opinión consultiva, llegando a la conclusión, por diez votos contra cuatro, que la aprobación de la declaración de independencia de Kosovo de 17 de febrero de 2008 no vulneró el derecho internacional general, la Resolución 1244 de 1999 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ni el Marco Constitucional. Por lo tanto, el tribunal estima que la aprobación de dicha declaración por los líderes democráticamente electos de Kosovo no vulneró ninguna norma aplicable de derecho internacional.¹⁵⁹

¹⁵⁸CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 121.

¹⁵⁹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafos 122 y 123.

2.7.Las Declaraciones y Opiniones Separadas y Disidentes de los jueces ante el razonamiento seguido y la conclusión general alcanzada por la Corte.

Sin duda alguna, la crítica más fuerte que recibió la Corte en su análisis del derecho internacional aplicable fue aquella dirigida hacia la conclusión sobre la identidad de los autores de la declaración de independencia quienes, a juicio de la CIJ, no fueron los miembros de la Asamblea de Kosovo sino que ella fue promulgada por los representantes electos del pueblo kosovar.

De esta forma, no fueron pocos los jueces que objetaron el resultado al que llegó la Corte estimando que ello fue una obra destinada, conscientemente, a favorecer a Kosovo y perjudicar a Serbia.

El primero en alzar la voz fue el juez Abdul Koroma quien, al respecto, señaló que la conclusión de la Corte sobre este tema es legalmente insostenible ya que está basada en la intención de los autores según la perciben los jueces de la mayoría, ya que en realidad, quienes emitieron la declaración fueron los miembros de la Asamblea de Kosovo, los que, para el juez, intentaron llevar adelante un acto que excedía sus competencias el cual debió ser considerado nulo por violar la Resolución 1244.

Koroma es de la opinión que el derecho internacional, fuera del contexto de la descolonización, no confiere un derecho a los grupos étnicos, lingüísticos o religiosos a la secesión con respecto al territorio en el cual se encuentran

mediante la sola manifestación de su voluntad, sin el consentimiento del respectivo Estado. Agrega que el aceptar lo contrario significaría crear un precedente muy peligroso para ser usado por aquellos grupos y ello significaría anunciar a los grupos disidentes y secesionistas en todo el mundo que son libres de esquivar el derecho internacional simplemente actuando de cierta manera y construyendo una declaración de independencia utilizando ciertos términos. Por lo tanto, según el juez Koroma, la opinión consultiva servirá como una guía y un manual de instrucciones para los grupos secesionistas del mundo y la estabilidad del derecho internacional se verá severamente perjudicada.¹⁶⁰

A mayor abundamiento, Koroma estima que el derecho internacional no es creado por actores no estatales actuando por sí mismos, sino que mediante el consentimiento de los Estados. Por lo que, en su opinión, en vez de haber llegado a una conclusión sobre la identidad de los autores de la declaración unilateral de independencia basándose en una intención subjetiva, la Corte debió haber reparado en la intención de los Estados y, en particular en este caso, del Consejo de Seguridad expresada en la Resolución 1244, la cual defendería la integridad territorial de la RFY.¹⁶¹

Sobre el principio de integridad territorial, el juez de Sierra Leona opina que este es uno de los principios fundamentales del derecho internacional

¹⁶⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión disidente del Juez Koroma. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15991.pdf>>, párrafo 4.

¹⁶¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 8.

contemporáneo y que, como tal, es protegido por el derecho internacional implicando una obligación a respetar la definición, delineación e integridad territorial de un Estado existente, quien ejerce su soberanía dentro y sobre su dominio territorial.¹⁶² Por lo tanto, para Koroma ni siquiera el principio de igualdad de derechos y de libre determinación de los pueblos, como preceptos de derecho internacional, permiten el desmembramiento de un Estado sin su consentimiento, por lo que el principio de integridad territorial prevalecería por sobre todos los demás.¹⁶³

Por lo tanto, Koroma es de la opinión que la Resolución 1244, junto con el derecho internacional general, y en particular el principio de integridad territorial de los Estados, no permiten la declaración unilateral de independencia de Kosovo formulada por sus instituciones provisionales de autogobierno, por lo que la declaración no se ajustó al derecho internacional.

De la misma opinión es el juez Skotnikov, quien señala que, a raíz de la conclusión a la que llega la Corte, a los autores de la declaración unilateral de independencia se les está permitiendo burlar el Marco Constitucional creado por la Resolución 1244, simplemente teniendo como base la alegación de que actuaron fuera de dicho Marco. Para el juez, lamentablemente la mayoría no

¹⁶²CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 21.

¹⁶³CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 22.

explica la diferencia entre actuar fuera del orden legal aplicable y vulnerar el mismo.¹⁶⁴

Skotnikov también reconoce que hay un problema en la interpretación que la Corte hace del derecho internacional general, al señalar que éste no contiene prohibición alguna aplicable con respecto a las declaraciones de independencia. El juez considera dicha afirmación como una declaración engañosa la que, lamentablemente, podría tener un efecto enardecedor. Opina que el derecho internacional general simplemente no se refiere a la formulación de declaraciones de independencia ya que ellas no crean o constituyen Estados bajo el derecho internacional y su proclamación no es lo que satisface los requerimientos de hecho para la estatalidad o el reconocimiento.¹⁶⁵

Por lo tanto, concluye Skotnikov, la legalidad de la declaración de independencia de Kosovo no puede ser respondida bajo el punto de vista del derecho internacional general, siendo la única ley aplicable para este propósito la ley especial creada por el Consejo de Seguridad en la Resolución 1244.¹⁶⁶

Por otro lado, el juez Bennouna señala en su opinión disidente que, para él, fue la Asamblea de Kosovo quien emitió la declaración unilateral de independencia. Agrega que el solo hecho de que los autores de la declaración

¹⁶⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión disidente del juez Skotnikov. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/16001.pdf>>, párrafo 15.

¹⁶⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 17.

¹⁶⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Ibíd.

hayan mencionado, en dicho documento, el fin de las negociaciones y que no tenían la intención de actuar dentro del marco del régimen interino de autogobierno, no cambia la naturaleza legal de un acto adoptado por la Asamblea de las Instituciones Provisionales para el Autogobierno de Kosovo. Afirma el juez que, en derecho, no basta que una institución haya adoptado un acto excediendo sus facultades para que se rompa el nexo legal entre la institución y el mencionado acto. En tal caso, señala Bennouna, la institución debe ser considerada como infractora del marco legal que la justifica y la legitima.¹⁶⁷

Asimismo, observa que no porque la Asamblea haya traspasado en sus poderes al Representante Especial del Secretario General se debe considerar que actuó en una capacidad diferente o como una entidad que ya no está ligada a las instituciones provisionales de autogobierno. Así, la Asamblea simplemente cometió un acto que es ilegal bajo el derecho internacional.¹⁶⁸

Según Bennouna, para los autores de la declaración fue suficiente cambiar la apariencia del texto de la declaración y autodenominarse como “los líderes democráticamente electos del pueblo de Kosovo” para dejar de estar obligados por el Marco Constitucional. Además, dice el juez que si los miembros de la Asamblea de Kosovo, elegidos el 17 de noviembre de 2007, habrían tenido la

¹⁶⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión disidente del Juez Bennouna. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15999.pdf>>, párrafo 44.

¹⁶⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 45.

intención de expresar la “voluntad del pueblo” en una declaración de independencia de 17 de febrero de 2008, al menos deberían haberle informado a los electores que así lo harían.¹⁶⁹

Asimismo, Bennouna critica la línea de razonamiento seguida por la Corte, en primer lugar, al identificar las normas aplicables de derecho internacional general y al explicar cómo determinará si ellas fueron vulneradas por la declaración de independencia. El juez es de la opinión que la CIJ debió aplicar, en primer término, la ley especial, es decir, la ley de las Naciones Unidas, antes de considerar si la declaración se ajusta o no al derecho internacional general.¹⁷⁰

Agrega el juez Bennouna que la Asamblea General no le pidió a la Corte que examinara a las declaraciones de independencia en abstracto, sino que le preguntó sobre un acto específico adoptado en un contexto particular, aquel en el que la Resolución 1244 es aplicable. Para el juez, no tiene ningún sentido el referirse a la conformidad de la declaración con el derecho internacional sin preocuparse de quiénes fueron los autores de la misma ni de los antecedentes bajo los cuales fue adoptada. Así, Bennouna califica a la conclusión de la Corte como carente de sentido alguno, como un sofisma, es decir, como un razonamiento que parece lógico solamente en apariencia, porque proviene de la proposición de que lo que válido para el todo, es válido para la parte.¹⁷¹

¹⁶⁹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafos 46 y 47.

¹⁷⁰CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 38.

¹⁷¹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 40.

Por último, refiriéndose a la interpretación que hizo la Corte de la reacción del Representante Especial del Secretario General ante la declaración de independencia, Bennouna señala que la razón por la que el Representante no tomó ninguna medida al respecto, no se debió a que consideraba que la declaración era conforme al derecho internacional, sino que, simplemente, se debió a que el órgano político al que debía responder, es decir, el Consejo de Seguridad, era incapaz de encontrar una decisión para avanzar en el proceso para determinar el futuro estatus de Kosovo.

Por lo tanto, para el juez, ninguna declaración unilateral que afectara dicho estatus hubiera tenido validez alguna hasta que no hubiere sido aprobada por el Consejo de Seguridad. De esta forma, en oposición a lo que la Corte opinó, para Bennouna no es suficiente que los autores den un paso más allá del derecho para dejar de estar sometidos a él y, en cualquier caso, los declarantes no tenían el derecho a adoptar un acto que contravenía el régimen legal imperante establecido por las Naciones Unidas.

Otro de los jueces que criticó fuertemente las conclusiones alcanzadas por la CIJ en el análisis del fondo del asunto fue el juez Tomka, vicepresidente del tribunal, quien afirmó que la declaración de independencia fue adoptada por las Instituciones Provisionales de autogobierno, en coordinación con muchos de los países que estaban involucrados en la misión de estabilizar los Balcanes al momento en que el Marco Constitucional era aplicable y dicha coordinación se

habría demostrado por el casi inmediato reconocimiento de Kosovo por parte de aquellos Estados.

Tomka recuerda el hecho de que el Representante Especial del Secretario General, quien estaba a la cabeza de la administración interina de Kosovo, calificó muchos actos entre los años 2002 y 2005 como incompatibles con el Marco Constitucional y, consecuentemente, con la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad. Así, dichos actos, algunos declaratorios de la independencia de Kosovo y otros muy cerca de ellos, fueron acusados de ir más allá del ámbito de las competencias de las autoridades provisionales de autogobierno.¹⁷²

Al respecto, el juez observa que la opinión consultiva no brinda ninguna explicación de por qué los actos que eran considerados como *ultra vires* en el período entre el 2002 y el 2005, habrían dejado de tener tal carácter en el año 2008, pese al hecho de que las competencias de las instituciones provisionales contempladas en el Marco Constitucional no han sido modificadas y continuaban siendo las mismas en febrero de 2008.¹⁷³

Tomka es de la opinión que el Representante Especial se mantuvo en silencio porque bien sabía del esfuerzo que se estaba haciendo por implementar, de mayor forma posible, el no aprobado Plan Ahtisaari a través de

¹⁷² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Declaración del Vicepresidente, Juez Tomka. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15989.pdf>>, párrafo 33.

¹⁷³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 34.

la declaración adoptada por la Asamblea de Kosovo en coordinación con los países encargados de estabilizar la región.

Concluye su declaración el juez Tomka señalando que la Corte Internacional de Justicia, como principal órgano judicial de las Naciones Unidas, tiene como misión defender el respeto por las reglas y mecanismos establecidos en la Carta de la ONU y las decisiones adoptadas en base a ella. De esta manera, no habiendo cambiado el régimen legal aplicable a Kosovo, lo que sí evolucionó fue la situación y la realidad políticas. Para Tomka, la mayoría prefirió tomar en consideración estos desarrollos políticos, en vez del requerimiento estricto de respetar el régimen legal, traspasando, de esta forma, los límites de la moderación judicial.¹⁷⁴

Por su parte, en opinión del juez alemán Bruno Simma, la solicitud de la Asamblea General requería de una respuesta más completa, evaluando tanto las normas permisivas como las prohibitivas de derecho internacional. Esto, dice Simma, hubiera incluido un análisis más profundo sobre si el derecho a la libre determinación o cualquier otra norma permitía o preveía la independencia de ciertos pueblos o territorios. Al respecto, Simma agrega que la Corte debió haber emitido una opinión consultiva más intelectualmente satisfactoria, una con mayor relevancia con respecto al orden del derecho internacional y su evolución

¹⁷⁴CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 35.

a lo que es hoy en día, lo que se hubiera logrado si es que no hubiera interpretado el alcance de la pregunta de una forma tan restrictiva.¹⁷⁵

Simma señala que, por otro lado, existió un problema conceptual aún mayor con el razonamiento y la lectura que hizo la Corte de la pregunta de la Asamblea General la cual es, en su opinión, una aplicación directa del mencionado principio del Caso Lotus lo cual, en este caso, significa responder a la pregunta de una manera que recordaría al positivismo del siglo XIX, con su excesivo acercamiento deferencial al consentimiento de los Estados.¹⁷⁶

Según Simma, la Corte, bajo este acercamiento, estima que todo lo que no está expresamente prohibido toma el mismo color que lo legal, con lo cual ignora los posibles grados de la no prohibición, que incluyen lo tolerado, lo permitido y lo deseable. De esta forma, agrega el juez, incluso un derecho positivo claramente reconocido para declarar la independencia, si es que existiera, no habría cambiado en lo más mínimo la respuesta de la Corte.¹⁷⁷

Por lo tanto, concluye Simma, debido a la forma en que la Corte leyó la pregunta de la Asamblea General, ella se negó a si misma la posibilidad de indagar en el estatus preciso de las declaraciones de independencia bajo el derecho internacional. De esta forma, la Corte pudo haber explorado si es que el derecho internacional puede ser deliberadamente neutral o silente sobre un

¹⁷⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Declaración del Juez Simma. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15993.pdf>>, párrafo 7.

¹⁷⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 8.

¹⁷⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Ibíd.

tema específico y si es que aquel acepta el concepto de la tolerancia, algo que escapa de la concepción binaria de lo permitido/prohibido y que permite una serie de opciones no-prohibidas. Según Simma, la neutralidad del derecho internacional sobre un punto determinado simplemente sugiere que hay áreas del derecho internacional que éste aún no ha regulado o que, en realidad, nunca regulará, por lo que la Corte no debió haberse limitado a realizar un ejercicio de jurisprudencia mecánica, lo que redujo la calidad de la opinión consultiva.¹⁷⁸

Por su parte, en su opinión separada, el juez Yusuf estima que, como una declaración de independencia no está *per se* regulada por el derecho internacional, no tiene ningún sentido evaluar su legalidad, como tal, bajo dicho orden. Por lo mismo, señala que una apreciación de la Corte sobre la existencia de un derecho de secesión hubiera dado claridad al alcance y contenido legal del derecho a la libre determinación en su concepto post-colonial y su aplicabilidad al caso de Kosovo.¹⁷⁹

Asimismo, el juez Yusuf estima que la decisión de la Corte de restringir su opinión consultiva a si la declaración de independencia, como tal, está prohibida en el derecho internacional, sin referirse al tema de la libre determinación, puede ser mal interpretada, como legitimadora de dichas declaraciones bajo el

¹⁷⁸CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 10.

¹⁷⁹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión separada del juez Yusuf. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/16005.pdf>>, párrafo 5.

derecho internacional, por todo tipo de grupos separatistas o entidades que ya sea han formulado o planean formular una declaración de independencia.¹⁸⁰

Uno de los aportes más valorables que hace el juez Yusuf en su opinión separada es su observación acerca de la eventual existencia de un derecho de libre determinación externa, o de secesión como remedio. Al respecto, señala que el derecho internacional, pese a que no favorece a la desintegración de los Estados y busca proteger sus fronteras, sí está consciente y presta especial atención a todo tipo de actos que signifiquen atrocidades, persecución, discriminación y crímenes contra la humanidad que sucedan dentro de un Estado.¹⁸¹

Si bien para Yusuf un grupo racial o étnicamente distinto dentro del territorio de un Estado, incluso en caso de clasificar en sí mismo como pueblo, no posee un derecho para independizarse unilateralmente simplemente porque busca crear un nuevo Estado, en el caso de que este grupo de personas sean objeto de discriminación, persecución o de graves violaciones a sus derechos humanos o al derecho humanitario, el derecho a la libre determinación sí podría sostener una reclamación para crear un nuevo Estado o para separarse del existente, teniendo en cuenta el cumplimiento de las condiciones prescritas por el derecho internacional y el contexto histórico de la situación específica.¹⁸²

¹⁸⁰CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 6.

¹⁸¹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafos 9 y 10.

¹⁸²CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 12.

Por lo tanto, Yusuf estima que, teniendo en cuenta la Declaración sobre Relaciones de Amistad, mientras un Estado independiente y soberano respete los principios de igualdad de derechos y de libre determinación de los pueblos, su integridad territorial y unidad nacional no deben ser afectadas ni infringidas. En cambio, para el juez, la Declaración antes mencionada sugiere que si un Estado falla en el respeto a dichos principios, una situación excepcional puede surgir, en la cual el grupo afectado podría reclamar un derecho a la libre determinación externa o a la separación del Estado, lo que eficazmente pondría en tela de juicio la unidad territorial y la soberanía del Estado.¹⁸³

Por ende, en opinión del juez Yusuf, dado el contexto específico de la situación de Kosovo, existía suficiente material ante la Corte para permitirle evaluar si es que la situación de Kosovo reflejaba las circunstancias excepcionales que podrían transformar un derecho a la libre determinación en el ámbito interno de un Estado¹⁸⁴, en una reclamación para separarse del Estado madre.¹⁸⁵

Yusuf agrega que la Corte tuvo una oportunidad única para analizar, en una situación específica y concreta, las condiciones legales que deben cumplirse para que se materialice tal derecho de libre determinación, en su fase post-colonial y, por ende, a contribuir a la prevención de reclamaciones de

¹⁸³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 13.

¹⁸⁴ Es decir, el derecho de un pueblo a determinar su propio destino político, social y económico

¹⁸⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Ibíd.

independencia injustificadas que puedan llevar a la inestabilidad y a la existencia de conflicto en diversas partes del mundo.¹⁸⁶

Por último, el juez Yusuf se refiere a la explicación que dio la Corte sobre la naturaleza legal de las regulaciones emanadas de la MINUK, específicamente del Marco Constitucional. Al respecto, señala que lo concluido por el tribunal confunde la fuente de la autoridad para la promulgación de las normas de Kosovo con la naturaleza de las regulaciones mismas. Agrega que los administradores internacionales deben actuar en una capacidad dual cuando ejercen su autoridad regulatoria y de esa manera, aunque actúen bajo la autoridad de instituciones internacionales como la ONU, las regulaciones que ellos adopten pertenecen al orden legal interno del territorio que está bajo administración internacional.¹⁸⁷

En consecuencia, el juez Yusuf afirma que el Marco Constitucional, al igual que todas las regulaciones promulgadas por el Representante Especial del Secretario General son parte del sistema legal interno establecido en base a la autoridad derivada de una fuente internacional y, por ende, no forma parte del derecho internacional.¹⁸⁸

Por lo tanto, el juez estima que aunque la declaración de independencia hubiese sido adoptada por las Instituciones Provisionales de Autogobierno en violación del Marco Constitucional, tal acción solamente podría ser considerada

¹⁸⁶CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 17.

¹⁸⁷CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 18.

¹⁸⁸CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 19.

como *ultra vires* con respecto al orden doméstico de Kosovo, y debió ser tratada por el Representante Especial del Secretario General o por la Corte Suprema de Kosovo. Así, estima que no había necesidad de que la Corte estableciera que los autores de la declaración unilateral de independencia no actuaron como una de las Instituciones Provisionales de Autogobierno, sino que como personas que obraron en conjunto en su capacidad de representantes del pueblo de Kosovo, fuera del marco de la administración interina lo que, de todas formas, según Yusuf, es un argumento muy poco convincente.¹⁸⁹

Finalmente, en su breve pero precisa opinión separada, el juez mexicano Bernardo Sepúlveda-Amor, señala que si bien está de acuerdo cuando la Corte señaló que, en relación con la identidad de los autores de la declaración, ella no estaba sujeta a lo establecido en la pregunta por la Asamblea General, él no coincide con el razonamiento seguido por la mayoría del tribunal en cuanto a la identidad misma de quienes promulgaron la declaración unilateral de independencia.¹⁹⁰

Sepúlveda-Amor señala que, en su opinión, los argumentos esgrimidos por la Corte en apoyo a su conclusión no son convincentes, ya que se basan en las intenciones que se le atribuyen a los autores de la declaración, inferencias que

¹⁸⁹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 20.

¹⁹⁰CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión separada del Juez Sepúlveda-Amor. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15997.pdf>>, párrafo 23.

proviene del lenguaje de la misma y de las particularidades procesales que acompañaron su adopción.¹⁹¹

Al respecto, el juez mexicano sostiene que una lectura más plausible de los registros de la sesión en la cual se aprobó la declaración de independencia, indicaría que, dejando de lado las particularidades lingüísticas y procedimentales, fue realmente la Asamblea de Kosovo la que adoptó, el 17 de febrero de 2008 la declaración unilateral de independencia en el nombre del pueblo de Kosovo y, como resultado de aquello, la Corte debió haber procedido a examinar la legalidad de dicha declaración con respecto a la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad y al Marco Constitucional.¹⁹²

Por último, el juez indica que la Corte, en su opinión consultiva, debió haber tomado una perspectiva más amplia al responder la pregunta de la Asamblea General, con el objetivo de proporcionar una respuesta más completa y para evitar que un número importante de asuntos legales no sean ignorados. Así, pese a que en realidad la Corte no fue preguntada sobre las consecuencias específicas de la declaración de independencia, sino que solamente a determinar su legalidad respecto al derecho internacional, el tribunal está facultado para hacer frente a una amplia gama de asuntos que provengan de la solicitud de la Asamblea General. El juez estima que tal debió haber sido el camino seguido por la Corte ya que, en su opinión, ella ha enfrentado dilemas similares en el pasado y ha elegido adoptar un acercamiento más amplio, lo que

¹⁹¹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 24.

¹⁹²CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 32.

hubiera sido ampliamente beneficioso para el Consejo de Seguridad y el Secretario General de las Naciones Unidas.

**CAPÍTULO III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA
CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LA DECLARACIÓN
UNILATERAL DE INDEPENDENCIA CON RESPECTO A KOSOVO.**

La Opinión Consultiva emitida el 22 de julio de 2010 por la Corte Internacional de Justicia sobre la declaración unilateral de independencia de Kosovo había sido largamente esperada. Como pocas veces, el mundo entero, y no solamente un grupo de expertos o los Estados parte, esperaban el dictamen de la Corte mundial. Sin embargo, las grandes expectativas pueden dar lugar, fácilmente, a grandes decepciones y esa fue precisamente la reacción inmediata de un importante número de académicos y de Estados ante la lectura que hizo la Corte sobre la pregunta formulada por la Asamblea General.

Quizás cargando con esperanzas un poco injustificadas o ingenuas, no fueron pocos los que atacaron y desprestigiaron a la Corte por no haber solucionado ni respondido, mediante el ejercicio de su función consultiva, a las diversas interrogantes que plantea el caso de Kosovo pero que, sin embargo, no fueron planteadas dentro de la pregunta formulada por Serbia ante la Asamblea General.

En este capítulo, pretendo hacer un análisis crítico de lo que dijo y no dijo la Corte casi un año y medio después de la emisión de la opinión consultiva y, principalmente, defender ciertos puntos que, a mi entender, son rescatables en el trabajo de la Corte. Así, pese a tener ciertos reparos sobre el razonamiento seguido en algunos puntos por la mayoría de los jueces del tribunal, también reconoceré importantes avances y aportes que entregó la opinión en materia tanto de derecho internacional general como en el derecho de las Naciones Unidas.

3.1. Las distinciones realizadas en el examen de la Corte.

Como un acercamiento preliminar a lo señalado por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva se puede apreciar que, para llegar a su conclusión final, la mayoría de los jueces del tribunal recurrieron, durante su razonamiento, a una serie de distinciones.

En primer lugar, el tribunal implícitamente distinguió el acto de declaración de independencia de la secesión. Si bien, la pregunta formulada por la Asamblea General, efectivamente, se refería a la aprobación de la primera, lo que realmente estaba en juego no era la declaración como un acto aislado sino que el asunto de la posibilidad de secesión, es decir, la separación unilateral de la parte del territorio de un Estado y la formación de otro Estado independiente

y soberano en ese territorio¹⁹³. De esta forma, puede afirmarse que la Corte evitó realizar un examen expreso del derecho de secesión, no obstante estimo que entregó, de todas formas, suficientes directrices sobre el tema, las cuales serán expuestas más abajo.

En segundo lugar, la Corte distinguió en su análisis entre diferentes órdenes legales: aquel correspondiente al derecho internacional general y el creado por la Resolución 1244 y el Marco Constitucional, lo que permitió al tribunal dividir la opinión consultiva en las tres partes ya analizadas en el capítulo anterior.

Asimismo, la Corte Internacional de Justicia hizo una separación que le sirvió como base para concluir que la declaración de independencia no violó la Resolución 1244. Ella distinguió la solución legal meramente interina al conflicto de Kosovo, la cual fue creada por la resolución y se trató de la administración internacional provisional, de la solución final al asunto, la cual fue prevista por los autores de la declaración de independencia. Con esto, la Corte pretendió que ambas soluciones actuaran en ámbitos y niveles separados, por lo que la segunda no podría vulnerar la primera.

Más adelante, la opinión consultiva distingue entre los destinatarios de la Resolución 1244 y los autores de la declaración. La primera, se refiere principalmente a las Naciones Unidas y a sus órganos pero no, según la Corte, a las autoridades de Kosovo. Lo importante de esta distinción, es que le

¹⁹³PETERS, A. 2011. Does Kosovo Lie in the Lotus-Land of Freedom? [en línea] Leiden Journal of International Law. Vol. 24. <http://edoc.unibas.ch/20647/1/20110215144916_4d5a845cde800.pdf> [consulta: 23 de diciembre de 2012], p. 96.

permitió a la Corte concluir que la declaración de independencia no violó la resolución del Consejo de Seguridad ya que, simplemente, ella no estaba dirigida a dichos actores.

Teniendo en mente el mismo fin, la Corte, si bien implícitamente, distinguió entre las instituciones provisionales de autogobierno, quienes ejercían sus funciones dentro de y fueron establecidas por el Marco Constitucional, de los autores de la declaración de independencia, quienes actuaron como un poder constituyente, mediante un quiebre revolucionario del marco legal existente.

Como última distinción, la Corte puso énfasis en el hecho de que la pregunta de si la declaración de independencia se ajustó al derecho internacional no era lo mismo que preguntar si existía, efectivamente, una autorización positiva o un derecho a la secesión. De esta forma, la Corte observó que es enteramente posible para un acto particular no vulnerar el derecho internacional sin que, necesariamente, constituya el ejercicio de un derecho conferido por él.¹⁹⁴

Luego de realizar todas estas distinciones, la Corte, lamentablemente, omitió realizar una: ella no diferenció entre el hecho de que un acto se ajustase al derecho internacional y el que el mismo no esté prohibido. Por el contrario, la CIJ estableció que la declaración de independencia se ajustó al derecho internacional al determinar que ella no estaba prohibida. Así, en ninguna parte

¹⁹⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. [en línea]:<<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>>, párrafo 56.

de la opinión consultiva señala de forma explícita que la declaración, efectivamente, se ajustó al derecho internacional, sino que el tribunal se limita a decir, literalmente, que la declaración unilateral de independencia no se adoptó vulnerando el derecho internacional o que, derechamente, no violó a este último.¹⁹⁵

3.2. ¿Era competente la Corte para conocer del asunto de Kosovo?

Cuando analizamos los elementos que debía tener en cuenta la Corte para estimar si era competente para conocer de un asunto, señalamos en síntesis que, en primer lugar, la pregunta debía ser formulada por un órgano de las Naciones Unidas debidamente autorizado y, en segundo, que la pregunta debía tratar sobre una cuestión jurídica.

Al respecto, ya sabemos que la Corte señaló que tanto la Asamblea General como el Consejo de Seguridad están autorizados por la Carta de la ONU para hacerse cargo de la mantención de la paz y seguridad internacionales y, por otro lado, que la forma en que estaba formulada la pregunta era suficiente como para establecer su carácter legal.

Si bien estoy absolutamente de acuerdo con la conclusión a la que llega la Corte, no es menos cierto que no me parece completamente adecuado el breve

¹⁹⁵PETERS, A. Óp. Cit., p. 97.

análisis y los argumentos dados por el tribunal para alcanzar dichas conclusiones.

En primer lugar, la Corte se sintió obligada a considerar la relación entre la Asamblea General y el Consejo de Seguridad y la distribución de competencias entre ambos órganos, concluyendo que dicha distribución no era un obstáculo para establecer que era competente. Sin embargo, debe señalarse que este análisis no tiene ninguna base legal tanto en la redacción de la Carta de la ONU como del Estatuto de la Corte y fue justificado, de acuerdo con el voto de la mayoría de los jueces, señalando que la Corte “algunas veces en el pasado” había dado ciertas indicaciones sobre la relación entre la pregunta que es objeto de una solicitud de opinión consultiva y las actividades de la Asamblea General.¹⁹⁶ Estimo que la referencia a prácticas pasadas, realizadas ocasionalmente, no constituye una base sólida para realizar un análisis legal por lo que la Corte debió haber ahondado más en su respuesta.

De cualquier forma, es destacable el hecho de que la CIJ no sólo reconoció sino que también aprobó la adopción por parte de la Asamblea General de cinco resoluciones referentes a los derechos humanos en Kosovo y quince resoluciones preocupadas del financiamiento de la MINUK, todas como parte de la función de la Asamblea de mantener la paz y seguridad internacionales, pese a que estas resoluciones fueron adoptadas después de que el Consejo de Seguridad se hizo cargo activamente del problema de Kosovo en 1998.

¹⁹⁶JACOBS, D. Y YANNICK, R. Óp. Cit., pp. 335 y 336.

De esta forma, pareciera quedar resuelto el hecho de que el Consejo de Seguridad no le puede pedir a la Asamblea General que no discuta el tema de la paz y la seguridad internacionales¹⁹⁷, ya que ella es libre de discutir cualquier tema que le plazca. Esta interpretación, en mi opinión, inhibe o, al menos, debilita el poder del Consejo de crear áreas de inestabilidad indefinida e interrumpe su monopolio en la mantención de la paz y seguridad internacionales.

En un segundo lugar, la Corte se hizo cargo de la labor de determinar si es que la pregunta formulada era una “pregunta legal”. En esta etapa de la opinión consultiva, la evaluación hecha por los jueces pasa a ser nuevamente superficial, al basarse únicamente en la redacción de la pregunta para establecer su legalidad.

De esta forma, el lenguaje legal con el que se formula la solicitud pareciera crear una presunción de su naturaleza legal sin que exista una mayor indagación en esta fase del procedimiento en cuanto al fondo del asunto. Es más, pareciera que la naturaleza legal de la pregunta es establecida únicamente en relación al derecho aplicable al caso concreto.

Pese a que el argumento esgrimido por la Corte está de acuerdo con su jurisprudencia anterior, este puede ser criticado por su desmedida amplitud y su capacidad para liderar a resultados absurdos. En efecto, planteado de esta

¹⁹⁷ACHARYA, U. 2012. ICJ's Kosovo Decision: Economical Reasoning of Law and Question of Legitimacy of the Court. [en línea] Legal Studies Research Paper No. 2012-11. Gozaga University School of Law. <<http://papers.ssrn.com/abstract=2139200>> [consulta: 19 de diciembre de 2012], p. 14.

forma, no deja de ser dudoso el razonamiento de la Corte, por cuanto se muestra un análisis excesivamente literal de la pregunta y la respuesta dada por el tribunal no deja de ser poco convincente si es que se lleva el argumento al punto de pensar si es que la Corte estaría dispuesta o sería competente para responder cualquier pregunta, sobre la actividad de cualquier particular o entidad, siempre que se enmarque y se relacione dicha acción con el derecho internacional.

En mi opinión, lo anterior claramente escapa del objeto y la función judicial de la CIJ, como el máximo tribunal de derecho internacional que, esencialmente, se ocupa de entidades específicas como los Estados y las Organizaciones Internacionales.

En relación a aquello, se ha sugerido que la naturaleza legal de la pregunta sea abordada no sólo en relación a la competencia *rationemateriae*, sino que también al elemento *rationepersonae*, lo que significa que al evaluar si es competente para conocer de un asunto, ella considere el grado de relación de la pregunta formulada con aquellas entidades que, ante todo, ocupan a la CIJ, es decir, los Estados y las Organizaciones Internacionales.¹⁹⁸

De esta forma, se ha criticado a la opinión consultiva señalando que a partir del momento en que la Corte dejó de considerar que el órgano que emitió la declaración de independencia fue la Asamblea de Kosovo para pasar a identificar a los autores de la declaración como los representantes electos del

¹⁹⁸JACOBS, D. Y YANNICK, R. Óp. Cit., p. 338.

pueblo kosovar, el asunto escapa de su competencia, a menos que ella hubiere efectuado un análisis de la estatalidad de Kosovo determinando en qué medida los autores de la declaración son el Gobierno de Kosovo teniendo, entonces, capacidad para actuar en el ámbito internacional.¹⁹⁹ Lo anterior, recuerda a lo señalado por el juez Skotnikov, para quien las declaraciones de independencia solamente son relevantes en plano del derecho internacional cuando son consideradas en conjunto con la reclamación de estatalidad e independencia.²⁰⁰

3.3. ¿Era conveniente que la Corte emitiera la opinión consultiva o existían razones imperiosas para no hacerlo?

Bajo el artículo 65 del Estatuto de la CIJ la Corte “puede” emitir una opinión consultiva cuando ella ha sido solicitada por un órgano debidamente facultado. De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte, en principio, ella no debería negarse a entregar una opinión, a menos que existan razones imperiosas para hacerlo.

En mi opinión, dos fueron los argumentos principales que fueron esgrimidos en contra de la conveniencia de que la Corte ejercitara su función judicial, a saber, el hecho de que la solicitud solamente servía a los intereses de Serbia y que ella perturbaba la separación de poderes entre la Asamblea General y el

¹⁹⁹ LOPEZ-JURADO, C. Óp. Cit., p. 16.

²⁰⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión disidente del juez Skotnikov. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/16001.pdf>>, párrafo 17.

Consejo de Seguridad, ya que la respuesta a la solicitud requería la interpretación de la Resolución 1244, por lo que, para quienes critican el accionar de la Corte, ésta solo debió haber respondido si es que la pregunta hubiera sido formulada por el Consejo de Seguridad.

Sin embargo, estimo que estas consideraciones no son lo suficientemente poderosas como para invertir la presunción a favor de la conveniencia de una respuesta, no me parecen razones imperiosas para declinar la emisión de la opinión consultiva.

En primer lugar, con respecto a lo alegado sobre el exclusivo interés de Serbia en el asunto, debo señalar que la mayoría de los Estados presentes en la sesión de la Asamblea General y que votaron, lo hicieron a favor de los intereses del país patrocinante de la resolución, específicamente 77 de 83 Estados. Por otro lado, las abstenciones de los restantes 74 Estados, cuyos votos no se cuentan como parte del total, probablemente estaban motivados por el deseo de permanecer neutrales, especialmente aquellos que ya habían reconocido a Kosovo como un Estado, quienes buscaron evitar actuar en contra de sus propias decisiones: se abstuvieron, bajo mi punto de vista, ya que su reconocimiento previo de Kosovo puede ser entendido, razonablemente, como la admisión de la legalidad de la declaración unilateral de independencia.

Todo lo anterior, refleja el amplio interés que suscitó este caso en la comunidad internacional, especialmente teniendo en cuenta lo señalado en referencia al número de Estados que participaron en el proceso seguido ante la

Corte, lo que no puede ser entendido como respondiendo a los propósitos e intereses de un solo Estado, llámese Serbia, sino que a los del conjunto de Estados en relación a la relevancia para el derecho internacional de los temas que fueron expuestos ante la Corte.

Por otro lado, es de mi parecer que el artículo 12 de la Carta de las Naciones Unidas y la política general de asegurar el balance entre los órganos de la ONU no privan a la Corte de su competencia en este caso. De acuerdo a lo establecido por la CIJ, el Consejo de Seguridad no tiene competencia exclusiva, sino meramente primaria para la mantención de la paz y seguridad internacionales. Por lo tanto, la Asamblea General también es competente en este asunto y está especialmente autorizada para solicitar opiniones consultivas, al igual que el Consejo.

Por ende, en mi opinión la necesidad de la Corte de interpretar una resolución emitida por el Consejo de Seguridad no es, de forma alguna, una barrera para que ella ejerza su competencia. Es más, como el Consejo está sometido al imperio de la ley, una de sus resoluciones no es únicamente un documento político sino que, también, un texto legal y la interpretación de dichos textos es una función legítima que es ejercida por la Corte mundial. Por lo tanto, estimo que el rechazo a emitir la opinión consultiva hubiera perjudicadola función judicial de la Corte y, precisamente por las implicancias del caso respecto de la paz y la seguridad, el tribunal hizo bien al emitir su opinión, ello además, ya que la realidad política existente en Kosovo no releva a la Corte Internacional de

Justicia de su función y responsabilidades primarias de clarificar qué dice el derecho en su opinión consultiva y de emitir ésta como forma de asistencia real a los respectivos órganos de la ONU.

3.4. ¿Aplicó realmente la Corte el principio del caso Lotus de 1927?

Durante el proceso seguido ante la Corte Internacional de Justicia, hubo una importante discusión sobre la supuesta aplicación al caso de Kosovo del principio de la libertad residual emanado del Caso Lotus de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1927. En su declaración separada, el juez Bruno Simma expresó su preocupación por el análisis innecesariamente limitado y potencialmente engañoso de la Corte. De acuerdo al juez alemán, al examinar solamente la eventual existencia de una norma de derecho internacional que prohíba las declaraciones de independencia, la Corte volvió al “Principio Lotus” y al positivismo del siglo XIX, adoptando una visión anacrónica y extremadamente consensualista del derecho internacional, haciendo de su razonamiento, en este punto, obsoleto.²⁰¹

En el famoso caso Lotus, que enfrentó a Francia y Turquía, la Corte Permanente de Justicia Internacional debió abocarse a la tarea de identificar normas prohibitivas que restringieran el ejercicio territorial de la jurisdicción

²⁰¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Declaración del Juez Simma. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15993.pdf>>, párrafos 3, 4 y 8.

turca. Sin embargo, la Corte fue más allá, estableciendo expresamente que la conducta de Turquía estaba de acuerdo con la estructura substantiva del derecho internacional, manifestando con ello su creencia en el carácter completo de este, y contextualizando las normas prohibitivas en relación a la conductas de los Estados. Vale la pena recordar el pasaje original de la decisión en este momento:

“The Court, having to consider whether there are any rules of international law which may have been violated by the prosecution in pursuance of Turkish law of Lieutenant Demons is confronted in the first place by a question of principle which [...] has proved to be a fundamental one. [...] the Turkish Government takes the view that Article 15 (of the Turkish law) allows Turkey jurisdiction whenever such jurisdiction does not come into conflict with a principle of international law. The latter view seems to be in conformity with the special agreement itself. [...] According to the special agreement, therefore, it is not a question of stating principles which would permit Turkey to take criminal proceedings, but of formulating the principles, if any, which might have been violated by such proceedings. This way of stating the question is also dictated by the very nature and existing conditions of international law. International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or usages generally accepted as expressing principles of law and established in

*ordertoregulatetherelationsbetweenthesecoexistingindependententitieswith a viewtotheachievement of commonaims. Restrictionsuponthe Independence of Statescannottherefore be presumed.*²⁰²

La cita del extracto del caso Lotus revela que la Corte Permanente no señaló que el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción turca caía en un vacío de derecho internacional. Por el contrario, el tribunal estableció que dicho ejercicio está cubierto por la soberanía estatal como principio residual de derecho internacional. Por ende, bajo esta afirmación, un Estado soberano sería libre de actuar como le plazca mientras sus acciones no estén prohibidas por una norma de derecho internacional. Así, este principio forma la piedra de base del supuesto de que el derecho internacional es un orden legal coherente y no meramente una colección de normas. En consecuencia, como orden el derecho internacional estaría capacitado para declarar si cualquier acción estatal es legal o ilegal, pero no toleraría asuntos que sean jurídicamente indiferentes, como es el caso de las declaraciones de independencia.²⁰³

A este respecto, y en apoyo a lo sostenido por el juez Simma, se ha dicho que la transformación del sentido de la pregunta llevada a cabo por la CIJ expresa

²⁰² CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. Lotus Case (France v Turkey), 7 September 1927, PCIJ Series A, No. 10, 18 (1927). [en línea]: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf>[consulta: 17 de diciembre de 2012]

²⁰³ ROBEN, V. 2010. The ICJ Advisory Opinion on the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo: Rules or principles? [en línea] Goettingen Journal of International Law, Vol. 2, N° 3. <<http://gojil.uni-goettingen.de/ojs/index.php/gojil/article/view/146/pdfGoJIL%202%20%282010%29%203%2C%201063-1086>> [consulta: 24 de diciembre de 2012], p. 1077.

una opción metodológica de gran calado a favor de la denominada teoría de la libertad residual, es decir, aquella según la cual en derecho internacional todo lo que no está prohibido es lícito.²⁰⁴ De esta forma, la Corte habría implícitamente adoptado el principio Lotus al reformular la pregunta sobre si la declaración de independencia se ajustó al derecho internacional y así transformarla en el examen sobre si el derecho internacional aplicable prohibía dicha declaración.²⁰⁵

Por otro lado, se ha afirmado que en este caso la CIJ aplicó la presunción del caso Lotus a una entidad que ha declarado su independencia, la cual puede o no ser ya un Estado, lo que plantea la pregunta de si la Corte reformuló el principio Lotus y lo extendió a tal punto de hacerlo aplicable como principio general de derecho internacional, no limitándolo a la esfera de los Estados, sino que aplicándolo, también, a entidades que pueden ser consideradas como en *statu nascendi*, es decir, a pueblos que ejercen su derecho a la libre determinación o a pueblos secesionistas y fundadores de nuevos Estados que se basan en el principio de la efectividad, pero fuera del ámbito de la libre determinación.²⁰⁶

²⁰⁴ LOPEZ-JURADO, C. Óp. Cit., p. 17.

²⁰⁵ HARVARD LAW REVIEW. 2011. Recent International Advisory Opinion. [en línea] <http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol124_kosovo_declaration_of_independence.pdf> [consulta: 23 de diciembre de 2012], p. 1104.

²⁰⁶ MUHARREMI, R. 2010. A Note on the ICJ Advisory Opinion on Kosovo. [en línea] German Law Journal. Vol. 11. Nos. 07/08. <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1272>> [consulta: 19 de diciembre de 2012], p. 876.

También se ha dicho que es difícil estar en desacuerdo con el juez Simma, ya que donde en algún momento hubo silencio, ahora existe una multitud de normas que buscan su espacio, por lo que el derecho internacional ya no sería solo acerca de las normas prohibitivas. Así, el no haber reparado en esto sería una gran deficiencia de la opinión consultiva, ya que, en último término abriría la puerta para ignorar el asunto de la secesión, puesto que no existiría ninguna prohibición explícita en el derecho internacional.²⁰⁷

En mi opinión, la Corte Internacional de Justicia no aplicó el principio del caso Lotus en el asunto de Kosovo. Es necesario comenzar señalando que existe una equivocación en la lectura según la cual la Corte, al establecer que una declaración unilateral de independencia no es contraria al derecho internacional, está automáticamente diciendo que aquella declaración está autorizada por el derecho internacional o que constituye el ejercicio de un derecho conferido por él. Por el contrario, la Corte al establecer que no existe ninguna norma que prohíba las declaraciones de independencia como actos aisladamente concebidos, está diciendo, implícitamente, que el derecho internacional es neutral ante ellas o que simplemente no las trata como tales, al ser asuntos meramente internos de cada Estado.

En referencia al principio del caso Lotus, debo aclarar que pese a que diversos Estados apoyaron la independencia de Kosovo e insistieron a la Corte

²⁰⁷BURRI, T. 2010. The Kosovo Opinion and Secession: The Sounds of Silence and Missing Links. [en línea] German Law Journal. Vol. 11. Nos. 07/08. <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1273>> [consulta: 19 de diciembre de 2012], p. 884.

para que aplicara dicho principio²⁰⁸, ella hizo bien en no citar el referido litigio el cual, en todo caso, es bastante dudoso que sea aplicado hoy en día teniendo en cuenta su acercamiento extremadamente voluntarista al derecho internacional.²⁰⁹

En mi opinión, incluso si el principio Lotus es aplicable hasta el día de hoy, la idea básica que va dentro de él es que necesariamente trata sobre las relaciones entre Estados.²¹⁰ El principio encapsula una presunción de la libertad del actuar de los Estados.²¹¹ Por ende, está inexorablemente enlazado al fenómeno de la soberanía estatal y sugiere, a tal punto, que las obligaciones de cada nación son producto de su propia autolimitación.²¹²

Por lo tanto, queda claro que el principio tiene por objeto, siempre, proteger la soberanía de los Estados y, en el caso de Kosovo, este habría sido aplicado no a otros que a los autores de la declaración unilateral de independencia. Así, resultaría absolutamente absurdo aplicar el principio Lotus en contra de Estados soberanos, insinuando que las entidades que se sitúan dentro de sus territorios tendrían un derecho a declarar su independencia.

²⁰⁸ Como los casos de Austria, Dinamarca, Alemania y Croacia.

²⁰⁹ CHRISTAKIS, T. 2011. The ICJ Advisory Opinion on Kosovo: Has International Law Something to Say about Secession? [en línea] Leiden Journal of International Law. Vol. 24.

<<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=8070805>> [consulta: 21 de diciembre de 2012], p. 79.

²¹⁰ BORGES, C. 2010. Advisory Opinion, Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Introductory Note. International Legal Materials. Volumen 49 (5): p. 1406.

²¹¹ PETERS, A. Óp. Cit., p.100.

²¹² CHRISTAKIS, T. Ibíd.

De cualquier forma, como será expuesto más abajo, el acercamiento que hizo la Corte a la situación en el caso de Kosovo no se condice con la idea tradicional de que la secesión y las declaraciones de independencia suceden en un área libre del derecho internacional, donde no exista regulación al respecto, sino que debe recordarse la necesaria lectura de la tolerancia o la neutralidad del derecho internacional, según la cual, de todas maneras, el caso Lotus no es una respuesta ni tampoco es la clave para el asunto de Kosovo.²¹³

3.5. ¿Tenía la Corte Internacional de Justicia la facultad para modificar la pregunta planteada por la Asamblea General?

Un punto clave en el ejercicio de la función judicial por parte de la Corte es, sin duda, la redacción de la pregunta que se le propone. Tanto al momento de determinar su competencia como cuando decide si va a ejercerla, la Corte debe estar satisfecha en cuanto a que la solicitud debe encontrarse adecuadamente formulada. En último término, como una mejor alternativa a la posibilidad de no ejercer su competencia, se plantea el asunto de la discreción de la Corte para reformular la pregunta.

Al respecto, la opinión consultiva es poco satisfactoria ya que no deja de confundir la actitud tomada por la Corte cuando afirma que la pregunta presentada por la Asamblea General está claramente formulada, tratándose de

²¹³PETERS, A. Óp. Cit., p. 101.

una cuestión acotada y específica.²¹⁴ Esto confunde al lector, en un primer sentido, ya que como hemos señalado, el tribunal modifica el término ajustarse al derecho internacional por la existencia o no de una norma prohibitiva de derecho internacional y no se hace cargo explícitamente, aunque sí, a mi entender, de forma implícita, de la neutralidad del derecho internacional sobre la materia.

Sin embargo, la reformulación que más polémica causó entre los Estados participantes y los académicos fue el hecho de que la Corte modificara la pregunta original propuesta por la Asamblea General en cuanto a la identidad de los autores de la declaración de independencia. Así, el tribunal consideró que la Asamblea no determinó de forma final y definitiva el asunto de si efectivamente fueron las PISG de Kosovo quienes declararon la independencia. Lo anterior, no deja de causar dudas en cuanto a cuál es el valor probatorio o la efectividad de los hechos que han sido establecidos por la Asamblea General, tanto en las disposiciones previas como en las operativas de sus resoluciones.²¹⁵

Sin embargo, en este punto la Corte sí fue enfática, lo que se agradece. Uno de los buenos aportes de la opinión consultiva radica en esta materia, en la

²¹⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. [en línea]:<<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>>, párrafo 51.

²¹⁵ KOHEN, M. y DEL MAR, K. Óp. Cit., p. 116.

determinación del efecto que tienen sobre la Corte los hechos establecidos por la Asamblea General.

Anteriormente, la jurisprudencia de la Corte parecía indicar que las determinaciones de hecho y de derecho realizadas por el Consejo de Seguridad o la Asamblea General tenían la misma fuerza obligatoria que las consideraciones de las resoluciones en las que ellos se contenían.²¹⁶

Sin embargo, fue en la opinión de Kosovo donde por primera vez se abordó directamente el tema. Al respecto, la Corte cuando exploró la identidad de los autores de la declaración, observó que la Asamblea General había estado equivocada en su identificación y restableció la situación de hecho, lo que, como sabemos, tuvo como consecuencia la importante conclusión de que la Resolución 1244 no obligaba a los autores de la declaración.

Por lo tanto, creo que no existe duda acerca de la efectiva posibilidad que la Corte tiene de apartarse de la redacción de la pregunta en los casos en que esta no ha sido correctamente formulada, cuando ella no refleja los asuntos legales que realmente importan o cuando la pregunta realizada es vaga o poco clara. Además, según lo establecido por la mayoría del tribunal, también es posible impugnar, por parte de la Corte, aquellos hechos calificados por la Asamblea General tanto en el preámbulo de la resolución 63/3 como en la misma pregunta presentada ante ella.

²¹⁶DIVAC ÖBERG, M. 2011. The Legal Effects of United Nations Resolutions in the Kosovo Advisory Opinion. The American Journal of International Law. Volumen 105 (1): p. 83.

Por supuesto, la conclusión anterior no ha estado ajena a las críticas. Al respecto, se ha dicho que, por cierto, un órgano político de las Naciones Unidas puede realizar un examen de los hechos o del derecho que sea considerado erróneo por el principal órgano judicial de la ONU. Sin embargo, esto sería una circunstancia excepcional que requeriría un completo análisis legal basado en una fuerte evidencia que cumpla con un estándar de prueba alto, lo cual no se cumpliría en el caso de Kosovo. Lo anterior, ya que ningún Estado, durante el debate que tuvo lugar en la Asamblea General, se planteó la posibilidad de que la declaración unilateral de independencia haya sido formulada por otros que no hayan sido las PISG. Por el contrario, los Estados que reconocieron la independencia de Kosovo, como Francia, el Reino Unido y los Estados Unidos, indicaron en los correspondientes documentos de reconocimiento, que fue la Asamblea de Kosovo quien aprobó la declaración. De esta forma, la alegación de que dicha institución no había sido la autora de la declaración de independencia sólo habría emergido durante la fase escrita llevada ante la Corte como un último recurso, por lo que se ha criticado que no existía base alguna para la reformulación de la pregunta por parte de la mayoría de los jueces de la Corte.²¹⁷

Asimismo, se ha sugerido que si es que la Corte se siente libre de determinar la autoría de la declaración de independencia, ella debería tomar uno de dos caminos: ya sea rechazar por completo la solicitud, utilizando su

²¹⁷KOHEN, M. y DEL MAR, K. Óp. Cit., p. 117.

facultad discrecional, por considerarla como enteramente mal formulada o darle a la pregunta su completo valor y significado y analizar todas las consecuencias que ella implica para el caso de Kosovo.²¹⁸

Por otro lado, la afirmación realizada por la opinión consultiva ha levantado dudas sobre si acaso es conveniente que la Corte reformule una pregunta de este modo, basándose en los hechos, ya que al no haber estado la Asamblea “tan equivocada”, el tribunal pudo haberse olvidado de aquella afirmación respecto de la identidad de los autores y haber respondido el fin último de la pregunta, es decir, aquella referida a si las PISG tenían la competencia para aprobar una declaración unilateral de independencia.²¹⁹

Una crítica más dura a la reformulación es aquella que señala que ella no es legalmente posible, ya que incluso un órgano empoderado para cambiar su propia ley de procedimiento requiere de una norma específica para poder realizar el cambio. Así, la reformulación necesitaría de una regla de procedimiento que la autorice y no sería suficiente la mera inobservancia de las afirmaciones realizadas por el órgano de la ONU. De esta forma, se ha dicho que los sobrevalorados argumentos acerca de la preeminencia de las funciones legales, al ser confrontados con firmes análisis legales y de las circunstancias fácticas, se caen a pedazos, por lo que el derecho no permitiría a la Corte

²¹⁸JACOBS, D. Y YANNICK, R. Óp. Cit., p. 340.

²¹⁹YEE, S. Óp. Cit., p. 771.

Internacional de Justicia modificar las preguntas formuladas en solicitud de una opinión consultiva al momento de responderlas.²²⁰

Pese a que muchas de las críticas formuladas al cambio realizado por la Corte a la pregunta propuesta son entendibles, soy de la opinión de que la mayoría del tribunal actuó correctamente al no dar por establecido el hecho de que los autores de la declaración fueron las PISG. De esta manera, al notar que la pregunta había sido redactada por Serbia, el único Estado patrocinante de la Resolución 63/3 de la Asamblea General, la Corte estaba en total libertad de examinar el asunto y decidir por sí misma la identidad de los autores de la declaración, con mayor razón si es que se piensa que la autoría no fue un tema discutido durante la adopción de la resolución en el seno de la Asamblea General.

Lo anterior, confirma y refuerza la independencia del tribunal en el ejercicio de su función judicial y la correcta decisión de no darse por obligado ante la Asamblea General o el patrocinante de la resolución, lo cual claramente limitaba y condicionaba la respuesta a entregar, quedando ello demostrado en la conclusión final de la Corte.

Por lo demás, en mi opinión, es de la propia naturaleza de la función consultiva de la Corte Internacional de Justicia el asumir que la Asamblea

²²⁰KAMMERHOFER, J. 2011. Beggingthequestion? The Kosovo opinion and thereformulation of advisoryrequests.[en línea] Netherlands International LawReview, Vol. 58, N° 3.
<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1684539 > [consulta: 15 de diciembre de 2012], p. 11.

General y los Estados Miembros de la ONU no tienen el conocimiento legal suficiente como para examinar ciertas materias, por lo que no tendría ningún sentido el establecer a las afirmaciones realizadas por ellos como verdades absolutas e irrefutables. Así también, no tendría sentido el responder a la pregunta tal como fue formulada solamente basándose en la creencia de la Asamblea en cuanto a la autoría de la declaración de independencia, ya que dicha opinión consultiva carecería de toda utilidad y, si bien en principio sería necesario emitirla, no aportaría mayores luces a una eventual solución del conflicto de Kosovo si es que es el propio tribunal el que afirma que los autores de la declaración fueron personas distintas a las señaladas por los solicitantes.

Por lo demás, estimo que la conclusión a la que llegó la Corte es correcta como una cuestión de principios. El proceso de determinación de los hechos propio de la Corte es completamente distinto al de la Asamblea General, lo que puede llevar ciertamente a conclusiones distintas. La determinación de los hechos recae en el corazón de la función judicial y no se puede renunciar a ella, de otra forma, el órgano que solicite la opinión consultiva podría manipular las premisas y con ello su resultado, lo que haría cuestionable el valor de la ayuda legal que pueda proveer dicha opinión.²²¹

3.6. ¿Quiénes fueron realmente los autores de la declaración de independencia?

²²¹DIVAC ÖBERG, M. Óp. Cit., p. 84.

Como ya hemos observado, para el resultado del procedimiento dos preguntas eran de vital importancia: qué tan lejos debía irse con el examen de las consecuencias de la declaración unilateral de independencia y quiénes fueron los autores de dicha declaración. En una primera instancia, la Asamblea General, a propuesta de Serbia, incluyó en la pregunta presentada ante la Corte la afirmación de que fueron las Instituciones Provisionales de Autogobierno de Kosovo quienes aprobaron la declaración en el ejercicio de sus funciones, las cuales estaban claramente establecidas en el reglamento llamado Marco Constitucional promulgado por la MINUK.

Sin embargo, en la etapa preliminar de la opinión consultiva, la mayoría de la Corte estimó que dicha afirmación no podía considerarse como un punto definitivo establecido por la Asamblea por lo que procedió a realizar su propio análisis. En consecuencia, la Corte se basó en cinco criterios para determinar que los autores de la declaración actuaron fuera del marco creado por la Resolución 1244: el lenguaje de la declaración, la falta de competencias de las PISG para tratar temas referidos a las relaciones exteriores de Kosovo, el proceso de adopción de la declaración, su no publicación en la Gaceta Oficial y la ausencia de una objeción por parte del Representante Especial o del Secretario General. De esta forma, la Corte estableció que no fueron las Instituciones Provisionales las que aprobaron la declaración, sino que personas que actuaron en su calidad de representantes del pueblo de Kosovo y que, por

lo tanto, no estaban obligadas por el marco legal imperante al no ser destinatarios de la Resolución 1244.²²²

No cabe duda que este es el argumento más débil de la opinión consultiva²²³, no por el hecho de que la Corte reformuló la pregunta y cambió los datos fácticos aportados por la Asamblea General, sobre lo cual ya expresé mi aprobación, sino que por el poco convencimiento que genera el hecho de haber otorgado tanta importancia a la intención de los declarantes, al lenguaje de la versión original de la declaración en idioma albanés y al silencio del Representante Especial.

A mi parecer, todo lo dicho por la Corte tuvo en mente el objetivo de evitar hacer una referencia a la existencia de un posible derecho de secesión o de libre determinación externa que tendría el pueblo kosovar, por lo cual la decisión más fácil fue “sacar” a los autores del marco legal aplicable, el cual previamente había sido declarado como derecho internacional. Por ende, si es que la Corte hubiera determinado que el Marco Constitucional pertenecía al derecho interno, como fue alegado por no pocos jueces y académicos, se

²²² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>>, párrafo 109.

²²³ TRICOT, R. y SANDER, B. 2011. Recent Developments: The Broader Consequences of the International Court of Justice's Advisory Opinion on the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo. [en línea] Columbia Journal of Transnational Law. Vol 49. No. 2. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1841803> [consulta: 19 de diciembre de 2012], p. 356.

hubiera evitado todo el problema que conllevó la determinación de la autoría. Esto ya que es una verdad irrefutable el hecho de que cualquier secesión viola el orden constitucional vigente, pero al derecho internacional eso no le compete ni le interesa. Sin embargo, la única razón de por qué la Corte necesitaba establecer la autoría de los declarantes era porque había clasificado al Marco Constitucional como derecho internacional.

Por otro lado, los criterios utilizados por la mayoría del tribunal no resisten mayor análisis. Sobretudo la pasividad del Representante Especial y del Secretario General es legalmente irrelevante, ya que ambos no tenían ninguna obligación de reaccionar en contra de la declaración. Al respecto, se ha dicho que el silencio del Representante Especial no representa un caso “de lo que Sherlock Holmes describía como el curioso incidente del perro que no ladró de noche”, es decir, cuando en el curso ordinario de las cosas, un evento que debió haber sucedido, no lo hizo.²²⁴ En efecto, el silencio del Representante Especial frente a la declaración estuvo completamente desligado a su visión sobre quiénes fueron los autores y bajo qué capacidades actuaron. Es de común conocimiento que el silencio del Representante Especial se debió a la política de estatus neutral adoptada por el Secretario General en relación a la emisión de la declaración, como resultado de lo que él consideraba era su posición en virtud de la falta de consenso dentro del Consejo de Seguridad y

²²⁴KOHEN, M. y DEL MAR, K. Óp. Cit., p. 122.

mientras no existiera mayor orientación al respecto por parte de dicho órgano.²²⁵

A mayor abundamiento, la deducción hecha por el tribunal sobre las razones que tuvo el silencio del Representante Especial también evidencia una presunción construida por la Corte en cuanto a que todas las acciones y omisiones que este realiza son siempre en conformidad con su mandato. De esta forma, al dar vueltas el razonamiento de la Corte, es igualmente plausible el preguntarse si es que el Representante Especial actuó en vulneración de su investidura al no haber actuado, ya que no tomó ninguna acción contra la declaración de independencia la cual configuraba un acto en exceso de la autoridad de las Instituciones Provisionales de Autogobierno.²²⁶

Sobre lo mismo, otro académico reflexiona que no parece sostenible el que un acto como la declaración unilateral de independencia, que hasta entonces no era conforme al derecho internacional, adquiriera de golpe la legalidad por este hecho, esto es, a causa del silencio del Representante Especial. Y es que, como se sabe, la interpretación del “silencio” en derecho internacional es sumamente delicada.²²⁷ En ese mismo orden de cosas, se ha dicho que no sólo sería absolutamente fuera de lo común atribuirle tal importancia al silencio en derecho internacional, sino que también ello sería extremadamente difícil de probar y de calificar como irrefutable su contenido.

²²⁵KOHEN, M. y DEL MAR, K. *Ibíd.*

²²⁶KOHEN, M. y DEL MAR, K. *Ibíd.*

²²⁷BERMEJO, R. y GUTIERREZ, C. *Óp. Cit.*, p. 36.

En suma, existía suficiente evidencia para probar que el Secretario General y su Representante Especial tenían, en primer lugar, una posición neutral al respecto de la declaración y del estatus de Kosovo, lo cual fue comunicado en distintas oportunidades a los Estados Miembros y, en segundo, la creencia de que fueron las PISG quienes aprobaron la declaración, lo que no fue tomado en cuenta por la mayoría de la Corte quienes, a pesar de los documentos oficiales de Naciones Unidas, interpretaron el actuar de ambos como a favor de la idea de que la declaración no fue emitida por las PSIG, por lo que tampoco constituyó un acto *ultra vires*. Lo anterior no deja de ser alarmante por cuanto la mayoría de los jueces de la Corte calificaron al silencio como una afirmación de hechos y cuando otra afirmación fue realizada por las autoridades de la ONU, ello no fue tomado en cuenta por el tribunal.²²⁸

Otro criterio utilizado por el tribunal, que ha sido fuertemente criticado, es la importancia y la lectura que la mayoría de los jueces dio a la supuesta intención de los autores de la declaración. Al respecto, se ha señalado que un acercamiento como aquel es desconcertante en dos sentidos. En primer lugar, los hechos que rodean a la adopción de la declaración de independencia no apoyan tal interpretación de la intención de los autores. Por otra parte, incluso si su intención hubiera sido el actuar fuera de su capacidad, lo cierto es que la intención no es un criterio relevante en derecho internacional y llevaría a tener resultados adversos en relación tanto a la estatalidad como a la

²²⁸BERMEJO, R. y GUTIERREZ, C. *Ibíd.*

responsabilidad, la cual para algunos académicos recae en el Consejo de Seguridad y en último término en la Organización de las Naciones Unidas, responsables del actuar de las PISG en el ejercicio de sus facultades en Kosovo.²²⁹

Por otra parte, un nuevo problema que surge al analizar el razonamiento de la Corte es aquel de la capacidad de representación que poseían los líderes democráticamente electos como representantes del pueblo de Kosovo en orden a realizar una declaración de independencia, pese a que no cabe duda alguna de que la inmensa mayoría del pueblo kosovar es partidario de un Estado propio e independiente.

Al respecto, se ha dicho que la CIJ se suscribió a una incómoda construcción intelectual en cuanto a que los autores de la declaración deben ser considerados como si no hubiesen actuado en su capacidad de PISG. La Corte justificó su conclusión señalando que la declaración fue emitida por personas que ocupaban puestos dentro del gobierno provisional de Kosovo que fueron electos para tal fin. Así, sería irónico que la Corte derive la autoridad de los autores de la declaración para representar al pueblo de Kosovo de sus asientos en el gobierno local pero que ella trate de separar a los autores de sus cargos al señalar que ellos actuaron como individuos fuera de la administración interina. Se cree que esta dicotomía sería débil e ilógica por parte de la Corte, la cual no estaría autorizada para “actuar a dos bandos”. De esta forma, se ha sostenido

²²⁹JACOBS, D. Y YANNICK, R. Óp. Cit., pp. 346 y 347.

que si los autores actuaron fuera del marco de la administración interna, no puede afirmarse que ellos hayan obrado como representantes del pueblo de Kosovo, y viceversa. Ello, ya que el nexo entre la libre voluntad del pueblo kosovar y la declaración de independencia se habría roto en el momento en que los autores no obraron dentro de sus facultades formales como autoridades del gobierno provisional.²³⁰

Sobre este mismo punto, otro autor señala que es altamente cuestionable la conclusión de la Corte por cuanto no se podría separar la capacidad de actuar de las instituciones que le dan a los individuos dicha capacidad. Por lo que, si los autores actuaron dentro del marco legal de las PISG, ellos tenían la capacidad para actuar, en cambio, si lo hicieron fuera de dicho marco, no tenían tal capacidad.²³¹

Asimismo, se ha observado que si es que la declaración fue aprobada por un grupo de particulares, como señaló la Corte, esto haría la declaración de independencia, al menos formalmente, cuestionable desde la perspectiva de la voluntad del pueblo. Por ende, esto haría, a su vez, a la ausencia de un referéndum de independencia mucho más difícil de justificar, ya que no

²³⁰ CORINNE TAN, H. 2010. The International Court of Justice's Advisory Opinion on the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo and its ramifications. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1931970> [consulta: 23 de diciembre de 2012], pp. 15 y 16.

²³¹ VIDMAR, J. 2011. The Kosovo Advisory Opinion Scrutinized. [en línea] Leiden Journal of International Law. Vol. 24 (2) <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2060598> [consulta: 21 de diciembre de 2012], p. 8.

quedaría claro cómo un grupo de particulares, actuando fuera del marco institucional, puede actuar en nombre del pueblo del territorio en cuestión si es que sus acciones no están, de cierta forma, radicadas en la voluntad del pueblo.²³²

En mi opinión, el problema con esta interpretación es que ahora existe una menor certeza jurídica de lo que parece ideal. Lamentablemente, no resulta claro si es que la declaración de independencia es, de hecho, un acto del poder constituyente del pueblo de Kosovo o del poder constituido en las PISG. Ya que si bien las elecciones en las que resultaron triunfadores los representantes del pueblo de Kosovo les confirieron autoridad para formar parte del gobierno interino, no queda muy claro si es que, además, les facultó para instalar un nuevo régimen constitucional.

Con todo, un análisis que me representa, es que la impresión que da la opinión consultiva es que la Corte ha hecho un enorme esfuerzo para evitar declarar la ilicitud de un acto que visto desde una perspectiva más amplia que la utilizada le habría obligado a pronunciarse sobre un tema demasiado espinoso políticamente: si los pueblos no sometidos a dominación colonial tienen derecho a la secesión de los Estados en los que están integrados.²³³ A mi gusto, la Corte debió haber enfrentado este problema con el objeto de entregar una respuesta más clara y convincente, estableciendo que la mayoría de Kosovo sí apoya un nuevo Estado independiente y que los autores de la

²³² VIDMAR, J. Óp. Cit., p. 17.

²³³ PEREA UNCETA, J. A. Óp. Cit., p 134.

declaración, quienes coincidentemente eran las autoridades democráticamente electas por el pueblo kosovar, tenían la autoridad para declarar su independencia.

3.7. Sobre la aplicación del principio de integridad territorial, su relación con la libre determinación de los pueblos y el derecho de secesión.

Al momento de analizar el derecho internacional general aplicable, la Corte Internacional de Justicia identificó un área en la que, potencialmente, se podrían contener prohibiciones relevantes a la declaración unilateral de independencia: el principio de integridad territorial de los Estados.

Al respecto y tal como lo hemos señalado más arriba, el tribunal señaló que no existía prohibición alguna dirigida hacia la emisión de declaraciones unilaterales de independencia *per se* y que, a su vez, la obligación legal de respetar la integridad territorial de los Estados estaba dirigida únicamente a las relaciones entre ellos y no a otro tipo de actores.²³⁴ Por ende, siguiendo su conclusión de que ella solamente necesitaba determinar si es que había existido alguna vulneración a una norma prohibitiva, la Corte concluyó que, con

²³⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. [en línea]:<<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>>, párrafo 80.

respecto al derecho internacional general, la declaración unilateral de independencia no había vulnerado prohibición alguna.

Al respecto, creo que la Corte debió haber sido más cuidadosa en dicha afirmación, pese a que es una posición doctrinal bastante fuerte y dominante en la materia.²³⁵

En primer lugar, la práctica reciente indica que el principio de integridad territorial no está confinado únicamente a la esfera estatal, sino que también se le aplica a las entidades que se encuentran dentro de esos Estados.²³⁶ Así, organizaciones internacionales, regionales y tribunales locales han utilizado dicho principio en conflictos internos con carácter exclusivamente separatista, como lo hizo la Organización para la Unidad Africana en el caso de las Comoras, la Corte Suprema de Canadá en la consulta sobre la secesión de la provincia de Quebec y en los casos de Namibia y Timor Oriental por la CIJ.²³⁷

Asimismo, queda bastante claro que las llamadas “cláusulas de salvaguardia” introducidas en ciertos tratados y declaraciones han tenido como

²³⁵FUENTES TORRIJO, X. 2011. La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la declaración unilateral de independencia por Kosovo. Anuario de Derecho Público 2011. Universidad Diego Portales: p. 333. MUSAYEV, T. 2011. Advisory Opinion of the International Court of Justice on Kosovo and the Nagorno-Karabakh conflict: comparative analysis. [en línea] <<http://azambassade.fr/tinymce/uploaded/sehifeler/Qarabag/Analyse%20comparative.pdf>> [consulta: 18 de diciembre de 2012], p.14.

WELLER, M. Óp. Cit., p. 135.

²³⁶CHRISTAKIS, T. Óp. Cit., p. 84.

²³⁷CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Written Statement of Finland. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15630.pdf>>, párrafo 6.

destinatarios, además de los Estados, a minorías, pueblos indígenas y otras entidades intra-estatales. Tal es el caso del artículo 21 del Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales en Europa²³⁸ y la Declaración sobre Relaciones de Amistad la cual, al tratar el principio de autodeterminación de los pueblos, señala como límite a él, que: “Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, 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 descritos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color.”²³⁹

Por lo tanto, a Corte se equivocó, en mi opinión, al intentar justificar la no aplicación del principio de integridad territorial al caso de Kosovo basándose en el Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas el cual, sin dudas, se aplica únicamente a las relaciones interestatales pero que está mencionado allí únicamente en referencia a la prohibición del uso de la fuerza. De esta forma, la

²³⁸Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales en Europa. Adoptado el 1 de febrero de 1995. [en línea]: <<http://www.judicatura.com/Legislacion/1530.pdf>>

²³⁹ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970 que contiene la Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y de Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. [en línea]: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/352/86/IMG/NR035286.pdf?OpenElement>>

Corte olvida que hay otros contextos en los que también se aplica el principio de integridad territorial y que no solo involucran a las relaciones entre Estados y, al respecto, la Declaración sobre las Relaciones de Amistad es un buen ejemplo.²⁴⁰

A la luz de lo anterior, es pertinente aclarar una serie de puntos. En primer lugar, incluso si es que el principio de integridad territorial fuera aplicable fuera del ámbito estatal, esto no significa que las declaraciones de independencia estén prohibidas. Por el contrario, el derecho internacional es indiferente en cuanto a dichas declaraciones como actos vistos separadamente, ellas influyen, en principio, en el ámbito interno, dentro del cual representan un quiebre institucional el cual puede, perfectamente, ser contrarrestado por las fuerzas internas del país, lo que es confirmado por el hecho de que no existe prohibición alguna en el derecho internacional con respecto a su emisión.

Sin embargo, y tal como lo dijo la Corte, sí existen ciertos tipos de declaraciones unilaterales de independencia que están prohibidas, no por el hecho de ser unilaterales sino porque conllevan en sí mismas alguna violación grave a una norma imperativa de derecho internacional general, situación en la que éstas serán rechazadas por el orden jurídico internacional, específicamente por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Por otro lado, el derecho internacional no es indiferente con respecto a la secesión. Sobre ella, a mi parecer, él contempla una presunción negativa en su

²⁴⁰VIDMAR, J. Óp. Cit., p. 18.

contra, no la prohíbe pero sí no la favorece. Ello obedece a la necesidad del orden legal internacional de mantener cierta estabilidad, paz, seguridad y fomentar la unidad y el respeto a la integridad territorial.²⁴¹

No obstante lo anterior, tal como señala la cláusula de salvaguardia en la Declaración sobre las Relaciones de Amistad, esto es solamente en principio. Ello ya que ante la existencia de un Estado en el cual no se respeten la igualdad de derechos o el principio de la autodeterminación interna, nace el derecho de secesión, también llamado por algunos de secesión como remedio, ante el cual la población oprimida por el gobierno central sí tiene el derecho para separarse de ella y formar su propio Estado, todo como último recurso²⁴² y sin tener la obligación de observar el principio de integridad territorial. Por ende, no estoy de acuerdo con quienes piensan que al aplicar dicho principio a otros actores distintos de los Estados, no existiría forma alguna para que los movimientos secesionistas creen nuevos Estados,²⁴³ ya que las cláusulas de salvaguardia y el derecho internacional sí están absolutamente abiertos a esa posibilidad, incluso al expandir la aplicación del principio de integridad territorial y al no existir ninguna norma prohibitiva contra la secesión.

Así las cosas, habiendo revisado ambos casos posibles de intentos de secesión, y como también lo ha afirmado la Corte, el hecho de que una entidad

²⁴¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Written Statement of Finland. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15630.pdf>>, párrafos 5 y 6.

²⁴² HARVARD LAW REVIEW. Óp. Cit., p.1102.

²⁴³ FUENTES, X. Ibíd.

o movimiento separatista madure y se transforme en un Estado depende, principalmente, en el grado de eficacia alcanzada y, especialmente, en la permanencia lograda en la comunidad internacional.

Un aspecto importante dentro de los aportes de la opinión consultiva es la afirmación de que una declaración de independencia deberá ser contrastada con el derecho internacional público y de que ella no corresponde meramente a un acto político ni a un asunto que exclusivamente importa al derecho constitucional interno en el ámbito de la secesión. Por lo mismo, una declaración de independencia aislada no es suficiente para transformar una entidad en un Estado ya que, como lo señaló la Corte, algunas veces las declaraciones de independencia resultan en la creación de un Estado y en otras ocasiones no.²⁴⁴ Es así como podemos comparar el intento de independencia de Kosovo a comienzos de la década de 1990, cuando fue reconocido únicamente por Albania, con su situación actual, donde ha logrado obtener un importante nivel de eficacia y de actividad como ente independiente en la esfera interestatal.²⁴⁵

En este punto, y para evitar confusiones, cabe hacerse la pregunta sobre qué utilidad tendría un derecho de secesión si es que, como vimos, la estatalidad puede ser obtenida sin la necesidad de invocar tal derecho. Al respecto, estoy de acuerdo con la visión que señala que la diferencia radica en que la posesión de dicho derecho de secesión, como por ejemplo en el plano

²⁴⁴MUHARREMI, R. Óp. Cit., p. 873.

²⁴⁵WILDE, R. Óp. Cit., p. 153.

colonial, genera una ventaja, una especie de personalidad legal pre-estatal para la entidad que ejercita su derecho de autodeterminación, ello la protege de la opresión, de la violación de derechos fundamentales y, además, le otorga un acceso expedito a la posibilidad de obtener un rápido reconocimiento por los demás Estados.²⁴⁶

En cambio, en aquellos casos en que no existe un derecho de secesión o de autodeterminación externa, la estatalidad, la posibilidad de crear un Estado no está impedida, sino que simplemente no está privilegiada más allá de la protección y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Humanitario a la población secesionista. Así, la entidad necesitará demostrar que posee los requerimientos objetivos y subjetivos propios de la estatalidad y queda absolutamente expuesta a los posibles intentos del Estado predecesor de reintegrarla hasta que su estatus quede clarificado.²⁴⁷

Lamentablemente, la Corte no se hizo cargo de este tema lo que, en opinión de algunos, resta credibilidad a la opinión consultiva.²⁴⁸ Al respecto, el tribunal señaló que al observar puntos de vista tan distintos, no encontraba necesario profundizar el análisis sobre este asunto. De cualquier forma, estimo que sería absolutamente errado determinar, como muchos lo han hecho²⁴⁹, que la Corte estableció la inexistencia del derecho de secesión. Por el contrario, ella lo ha calificado como un derecho existente y que ha sido presentado por varios

²⁴⁶WELLER, M. Óp. Cit., p. 136.

²⁴⁷WELLER, M. Óp. Cit., p. 137.

²⁴⁸BURRI, T. Óp. Cit., p. 886. RYNGAERT, C. Óp. Cit., p. 494.

²⁴⁹YEE, S. Óp. Cit., p. 777. PEREA UNCETA, J. A. Óp. Cit., p. 135.

Estados, un derecho en calidad emergente, que ha recibido una fuerte oposición y que, en todo caso, aún no se ha consolidado.²⁵⁰ Es más, adhiero a las consideraciones de que en este caso, el hecho de haber sido invocado el derecho de secesión por diversos Estados ha resultado en su fortalecimiento.²⁵¹

En resumen, comparto la opinión de que la Corte, en primer lugar, debió haberse hecho cargo de las alegaciones respecto a la secesión y, en última instancia, debió haber reconocido que no todos los movimientos secesionistas son creados de la misma forma, con lo que debió haber reconocido el derecho de Kosovo a la secesión, al diferenciarlo de reclamaciones mucho más débiles que las del presente caso.²⁵²

Como hemos visto, los académicos y las fuentes del derecho internacional confirman que los intentos de secesión son mucho más fuertes en los casos de pueblos sometidos a violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos y a impedimentos de participación democrática, lo cual claramente refleja el caso de Kosovo sirviéndole de base para una firme reclamación de un derecho de secesión que debió haber sido usado por la Corte, tanto para reafirmar el principio de autodeterminación de los pueblos como para distinguir a los

²⁵⁰ CIRKOVIC, E. 2010. An Analysis of the ICJ Advisory Opinion on Kosovo's Unilateral Declaration of Independence. [en línea] German Law Journal. Vol. 11. Nos. 07/08.

<<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1275>> [consulta: 19 de diciembre de 2012], p. 900.

²⁵¹ CIRKOVIC, E. *Ibíd.*

²⁵² HARVARD LAW REVIEW. *Óp. Cit.*, p. 1105.

kosovares de otros grupos que han intentado la secesión con causas mucho más débiles como la de los habitantes de la provincia de Quebec.

3.8. ¿Cuáles fueron los aportes de la Opinión Consultiva en cuanto a las resoluciones del Consejo de Seguridad?

Unas de las críticas más recurrentes a la opinión consultiva sobre Kosovo se refirió a su limitado contenido. Si bien, como ya lo he expresado, estoy de acuerdo con la afirmación de que la Corte debió haber profundizado más en ciertos temas, sin dejar de lado otros tantos, lo cierto es que el dictamen del tribunal contribuye de forma significativa a la jurisprudencia de la Corte en cuanto al efecto legal de las resoluciones emanadas de los órganos de las Naciones Unidas.

Así las cosas, cabe observar, en primer lugar, que tanto el Consejo de Seguridad como la Asamblea General le confieren efectos legales a sus resoluciones en base a sus poderes emanados de la Carta de la ONU, lo que ha llevado a distinguir entre resoluciones, que conllevan efectos legales obligatorios, y recomendaciones, que carecen de dichos efectos.

La opinión consultiva sobre el caso de Kosovo confirma lo anterior y sigue la línea jurisprudencial de la Corte, al reconocer que en base al Capítulo VII de la

Carta y dentro del marco legal de la ONU, el Consejo de Seguridad puede adoptar resoluciones que impongan obligaciones de derecho internacional.²⁵³

Como ya vimos más arriba, la primera gran contribución de la opinión sobre esta materia, recae en los efectos que tienen sobre la Corte las situaciones de hecho previamente determinadas por la Asamblea General, en este caso, al solicitar la emisión de una opinión consultiva.

Al respecto, dijimos que la Corte por primera vez se refirió directamente a esta materia señalando que ella es absolutamente libre de examinar las afirmaciones sostenidas por los órganos de la ONU y que, en ningún caso, ella debería dar como preestablecidos ciertos hechos, lo que se vio reflejado en la reformulación que el tribunal hizo de la pregunta en cuanto a la identidad de los autores de la declaración.

En un segundo término, otra contribución de la opinión consultiva radica en la determinación de si es que es posible o no obligar a actores no estatales mediante resoluciones del Consejo de Seguridad.

En una primera etapa, la Corte confirma su jurisprudencia anterior señalando que las resoluciones del Consejo de Seguridad pueden obligar a todos los

²⁵³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. [en línea]:<<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>>, párrafo 85.

Estados Miembros, independientemente de si participaron o no de su proceso de formulación.²⁵⁴

Mientras en el pasado la Corte había lidiado con los efectos legales de las resoluciones sobre entidades no estatales, primariamente órganos de las Naciones Unidas y miembros de su personal, ella nunca había tratado directamente con la pregunta acerca de cómo operaban dichos efectos sobre actores no estatales que se encontraban fuera del sistema de Naciones Unidas.²⁵⁵

Por ende, una de las más grandes contribuciones de la opinión consultiva radica en este punto, cuando la Corte examinó si es que la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad, o las medidas tomadas en virtud de ella, contenían una prohibición específica de emitir la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008.

Para responder a esta pregunta, la Corte se remitió a la intención del Consejo de Seguridad y encontró que, basándose en un elemento literal, la Resolución 1244 tuvo la intención de imponer obligaciones a ciertos actores fuera de los Estados Miembros y los órganos de las Naciones Unidas.²⁵⁶

Sin embargo, la Corte determinó que los autores de la declaración no estaban dentro de los actores obligados por la resolución y, al mismo tiempo, identificó otras resoluciones relevantes del Consejo de Seguridad en las que sí

²⁵⁴CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 94.

²⁵⁵DIVAC ÖBERG, M. Óp. Cit., p. 85.

²⁵⁶CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 105.

existían obligaciones destinadas a los líderes del pueblo kosovar,²⁵⁷ lo que crea un precedente importantísimo que permitirá, en el futuro, determinar que el Consejo de Seguridad sí posee tal capacidad.

En tercer lugar, la Corte se refirió a la terminación de los efectos de las resoluciones del Consejo de Seguridad, lo que anteriormente había sido escasamente tratado por su jurisprudencia.

En la opinión consultiva, la Corte expresamente estableció que el Consejo había adoptado una resolución que terminaba con los efectos vinculantes creados por una de sus resoluciones anteriores. Específicamente, el tribunal señaló que, mediante la Resolución 1367 de 2001 el Consejo de Seguridad decidió terminar con la prohibición de la venta o suministro de armas establecida por la Resolución 1160 de 1998.²⁵⁸

Por ende, la Corte ha establecido que los efectos legales de todas las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad continúan hasta que sean derogadas en una etapa posterior.²⁵⁹ Lo que fue, una vez más, confirmado cuando en la opinión consultiva se señaló que ni la Resolución 1244 ni el Marco Constitucional contenían alguna cláusula que proveía su terminación y tampoco habían sido derogadas, lo que justificaba que constituyeran el derecho

²⁵⁷CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 116.

²⁵⁸CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 37.

²⁵⁹DIVAC ÖBERG, M. Óp. Cit., p. 87.

internacional aplicable al momento de la aprobación de la declaración unilateral de independencia.²⁶⁰

Además de efectos vinculantes, las resoluciones de los órganos de las Naciones Unidas pueden contener efectos de empoderamiento. Así, mientras los primeros crean o extinguen obligaciones y derechos, los segundos confieren la capacidad de crear o extinguir obligaciones, derechos y poderes.²⁶¹

En el caso de Kosovo, la Corte debió hacerse cargo de la Resolución 1244, la cual autorizaba la creación de una presencia militar internacional y de una civil estableciendo, además, el marco para la administración de Kosovo. Así, la autorización para crear la fuerza militar estaba destinada a los Estados Miembros y a organizaciones internacionales, y la autorización para crear la MINUK radicaba en el Secretario General de Naciones Unidas.

De esta forma, la Corte notó como una cadena de delegación de poderes descendía desde el Consejo de Seguridad, a través de la Resolución 1244, al Secretario General y desde la MINUK, a través del Marco Constitucional, a las PISG, quienes poseían facultades legislativas, ejecutivas y judiciales.

En suma, la Corte Internacional de Justicia concluyó que el Consejo de Seguridad es competente para delegar sus poderes por medio de sus resoluciones y que dicha delegación tiene como características el ser temporal y el no afectar la soberanía que se ejercía sobre Kosovo por parte de Serbia.²⁶²

²⁶⁰CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Óp. Cit., párrafo 91.

²⁶¹DIVAC ÖBERG, M. Óp. Cit., p. 87.

²⁶²DIVAC ÖBERG, M. Óp. Cit., p. 89.

3.9. Comentario sobre la supuesta obligación de los Estados de no reconocer a Kosovo como Estado independiente y el nexo causal entre la declaración unilateral de independencia y la intervención militar de la OTAN de 1999.

Un tema que ha sido dejado fuera del análisis de la Corte ha sido aquel referente a la legalidad del reconocimiento realizado por ciertos Estados ante una declaración de independencia y, específicamente, el caso de aquellos que reconocieron a Kosovo como un nuevo Estado.

En primer lugar, es necesario señalar que por reconocimiento se entiende aquel acto por el cual uno o varios Estados declaran o admiten tácitamente que consideran como Estado, con todos los derechos y deberes que esta calidad conlleva, a un grupo político que existe en el hecho y que se considera así mismo como Estado.²⁶³ También, fue definido por el Instituto de Derecho Internacional en el año 1936, como el acto libre por el cual uno o varios Estados constatan la existencia sobre un territorio determinado de una sociedad humana políticamente organizada, independiente de cualquier otro Estado existente, capaz de observar las prescripciones del Derecho Internacional y por el que

²⁶³ BENADAVA, S. 1999. Derecho Internacional Público. Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile, p. 98.

manifiestan, consiguientemente, su voluntad de considerarlo como miembro de la Comunidad Internacional.²⁶⁴

Sobre los efectos legales del reconocimiento han surgido dos posturas, la tesis constitutiva y la tesis declarativa. Para quienes adhieren a la primera, el Estado no existe mientras no es reconocido. Esta postura socava los elementos de la estatalidad reconocidos por la Convención de Montevideo de 1933 y sugiere que solamente los demás Estados pueden crear uno nuevo.

Por otro lado, los partidarios de la teoría declarativa, la mayoritaria, sostienen que el Estado existe con independencia de que haya sido o no reconocido y que el reconocimiento solo constata este hecho, haciéndolo oponible con todas sus consecuencias al Estado que reconoce y permitiendo, a partir de ahí, el establecimiento de las relaciones que son propias entre sujetos internacionales.²⁶⁵

Sin embargo, es necesario señalar que, pese a que la gran mayoría de los académicos está de acuerdo con la idea de que el reconocimiento sólo es un acto político y no uno legal, este tiene un aspecto constitutivo pues legitima la creación de los Estados y pone fin a un período de incertidumbre política²⁶⁶, ayudando al Estado naciente a obtener la efectividad necesaria que determinará su futura estatalidad.

²⁶⁴ JUSTE, J. y CASTILLO, M. 2002. Derecho Internacional Público. Editorial Punto y Coma. Valencia, p. 202.

²⁶⁵ DERECHO INTERNACIONAL. 1997. Por REMIRO BROTONS, Antonio "et al". McGraw-Hill. Madrid, p.56.

²⁶⁶ ACHARYA, U. Óp. Cit., p. 34.

Cuando la Corte Internacional de Justicia en el caso de Kosovo confirmó que el principio de integridad territorial se aplica únicamente en la esfera de las relaciones entre Estados, ella dejaría abierta la puerta, en principio, a la posibilidad de que el reconocimiento a la independencia de Kosovo constituya una violación a la integridad territorial de Serbia.²⁶⁷

Sin embargo, ambas posibilidades no se sostienen por mucho tiempo al examinar detallada y globalmente el razonamiento y la conclusión a la que llega la Corte.

En primer lugar, es claro que los reconocimientos están prohibidos cuando la declaración de independencia ha violado el derecho internacional o ella ha sido declarada como ilegal, ya sea por la Corte Internacional de Justicia, en este caso, o por el Consejo de Seguridad. Por lo tanto, si es que la declaración unilateral de independencia no vulneró el derecho internacional, cual es la conclusión final de la Corte en su opinión consultiva, por qué deberían ser condenables los reconocimientos.

No estoy de acuerdo cuando se dice que se dejó abierta la pregunta sobre si el reconocimiento constituye una violación a la obligación de los Estados de no reconocer como legal alguna situación que fue creada mediante una violación a alguna norma perentoria de derecho internacional, esto ya que la propia Corte declaró que no se había violado norma alguna y, a su vez, dio claros y

²⁶⁷TRICOT, R. y SANDER, B. Óp. Cit., p. 340.

puntuales ejemplos de otros casos en los que sí se habían vulnerado dichas normas, lo que llevó a su respectiva condena.

No obstante, hay opiniones críticas a lo anterior, según las cuales puede entenderse que el reconocimiento de Kosovo vulnera directamente tanto la norma imperativa recogida en el artículo 2.1 de la Carta de las Naciones Unidas por la que se establece el principio de igualdad soberana entre los Estados como la formulada en el artículo 2.4 por la que se proclama la prohibición del uso de la fuerza contra la integridad territorial de los Estados, y consecuentemente el principio de no intervención. Ello, sería así porque todas las resoluciones del Consejo de Seguridad afirman que los Estados Miembros deben respetar la soberanía y la integridad territorial de Serbia.²⁶⁸

Asimismo, hay quienes sostienen que no es necesaria una condena expresa de la ilegalidad de la declaración de independencia en relación al reconocimiento de los Estados por parte del Consejo de Seguridad, ya que al haberse vulnerado una norma imperativa de derecho internacional general, sus consecuencias se ejecutarían automáticamente, por lo que el actuar del Consejo actuaría únicamente, y en el mejor de los casos, como evidencia en relación a la naturaleza ilegal del acto condenado.²⁶⁹

Ambas posiciones fundamentan la ilegalidad de la declaración de independencia, y consecuentemente de los reconocimientos posteriores, en un hecho puntual: la intervención militar de la OTAN en 1999. Al respecto, se ha

²⁶⁸ PEREA UNCETA, J. A. Óp. Cit., p. 138.

²⁶⁹ YEE, S. Óp. Cit., p. 782.

señalado que puesto que la sustracción del territorio de Kosovo del Estado serbio fue consecuencia de una intervención sin autorización del Consejo de Seguridad y sin estar amparada en ninguno de los supuestos que excepcionan la norma imperativa que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, solo cabría concluir que tanto una secesión de dicho territorio como el reconocimiento de la entidad estatal subsiguiente son hechos internacionalmente ilícitos.²⁷⁰

Asimismo, se ha estimado que si la Corte hubiera realizado un examen completo de hechos como la intervención de la OTAN y los crímenes de guerra llevados adelante por los albanokosovares, ello hubiera dificultado la supuesta legalidad de la declaración unilateral de independencia y la existencia de un derecho de secesión como remedio²⁷¹, el cual, en todo caso, doce años después no estaría justificado hoy en día porque Serbia habría demostrado ser, en la actualidad, un Estado democrático y respetuoso de los derechos humanos habiendo olvidado su pasado represor.²⁷²

Sobre lo anterior, debo señalar que, pese a estar de acuerdo con la dudosa legalidad de la intervención militar llevada adelante por la OTAN, la posición predominante al respecto es que la declaración de independencia de Kosovo no fue creada por la intervención de la OTAN en la RFY. En primer lugar, la OTAN

²⁷⁰ PEREA UNCETA, J. A. Óp. Cit., p. 139.

²⁷¹HANNUM, H. 2011. The Advisory Opinion on Kosovo: An Opportunity Lost, or a Poisoned Chalice Refused? [en línea] Leiden Journal of International Law. Vol. 24. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1940547> [consulta: 20 de diciembre de 2012], p. 157

²⁷² PEREA UNCETA, J. A. Óp. Cit., p. 137.

nunca señaló expresamente que sus intenciones eran las de permitir a Kosovo independizarse de Serbia sino que, por el contrario, la intervención se llevó a cabo, expresamente, para evitar una catástrofe humanitaria y para prevenir la existencia de mayores sufrimientos y más represión y violencia en contra de la población civil de Kosovo.

En segundo lugar, el alcance de la obligación de no reconocer Estados que resulten de la vulneración del principio de integridad territorial está limitada a situaciones que resulten directamente de dichas infracciones.²⁷³ En este sentido, incluso si es que se acepta que la intervención de la OTAN fue un antecedente de la secesión intentada por Kosovo, la adopción por parte del Consejo de Seguridad de la Resolución 1244 ha roto, sin lugar a dudas, el nexo causal entre ambos actos, por lo que el vínculo entre ambas es demasiado remoto y se cree, más bien, que la declaración unilateral de independencia surgió del régimen interino de administración internacional. Es más, la Corte al decir que la declaración no violó el derecho internacional, implícitamente está diciendo que ella no proviene del uso de la fuerza por la OTAN.²⁷⁴

Por último, en mi opinión, quienes argumentan en contra de la existencia de un derecho de secesión o de autodeterminación externa a favor del pueblo kosovar por la supuesta falta de los requisitos para ello, al haber recuperado Serbia la calidad de Estado democrático, utilizan, a mi entender, un argumento técnico que merece mi más enfático rechazo. Especialmente, quienes señalan que ya

²⁷³ TRICOT, R. y SANDER, B. Óp. Cit., p. 345.

²⁷⁴ CHRISTAKIS, T. Óp. Cit., p. 83.

es muy tarde para aplicar el principio de autodeterminación se olvidan de la falta de legitimidad que podría llegar a tener un Estado serbio que ejerza soberanía y autoridad sobre el pueblo kosovar, de la falta de confianza que estos tendrían con respecto a las autoridades de dicho Estado, olvidan la importancia de la memoria histórica presente en el seno de los albanokosovares y, principalmente, en las dificultades de una posible integración entre ambos pueblos.

CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES.

Durante sus alegatos ante el pleno de la Corte Internacional de Justicia, en el mes de diciembre de 2009, el Estado de Serbia señaló que Kosovo es la cuna de su identidad nacional. Al respecto, los serbios afirmaron que Kosovo es denominado “Kosovo-Metohia”, cuyo significado deriva del griego y se traduce como “dominios monásticos”, en referencia a los grandes territorios que poseían los monasterios ortodoxos serbios en esta región desde la Edad Media.

Con eso en mente, es difícil imaginar una situación histórica y política más compleja para que sea puesta ante la jurisdicción del máximo tribunal mundial y del principal órgano judicial de las Naciones Unidas.

La opinión consultiva de 22 de julio de 2010 fue ampliamente criticada desde el mismo día de su emisión. Muchos lamentaron lo esquivo de su razonamiento y la mezquindad de los jueces. Aun más, no fueron pocos lo que la calificaron de configurar una futura guía con pasos a seguir para los movimientos secesionistas de todo el mundo.

Todo lo señalado, me parece absolutamente exagerado. Es sabido que ante situaciones o disputas de alta importancia política, los tribunales en sus decisiones eligen ser técnicos y la Corte Internacional de Justicia no ha sido una excepción en este caso.

A lo largo de la exposición de los argumentos de la Corte, hemos demostrado que esta escogió el camino más directo para realizar su análisis legal. Método que no me parece haya sido lo más recomendable pero que, sin lugar a dudas, alcanzó un resultado deseable.

A mayor abundamiento, el sabor que queda luego de una primera lectura de la opinión consultiva no es otro que el de amargura y decepción. El ser la primera vez que el máximo tribunal internacional enfrentaba el problema de una declaración unilateral de independencia enmarcada dentro de un proceso de administración internacional interina, despertó la expectación de todos quienes esperábamos que la Corte resolviera todos los asuntos que aún están pendientes en cuanto a derecho internacional se refiere.

Sin embargo, la respuesta que nos entregó la Corte no debe ser sorprendente. En el seno de un órgano político como la Asamblea General de las Naciones Unidas, la pregunta formulada por Serbia fue aceptada estrecha y reducida, tal y como le fue presentada a la Corte, por lo que culpar a esta última por haber respondido exactamente lo que se le preguntó, no me parece sea el camino correcto.

Es conocido que en la mayoría de los casos el Estado que propone la pregunta ante el órgano recibe una sentencia favorable ante la CIJ. Sin embargo, ello no sucedió en este caso. Por ende, se puede llegar a la conclusión de que probablemente ni Serbia ni la Asamblea General ni los demás Estados Miembros querían que temas tan políticamente cargados como la secesión y el reconocimiento de los demás Estados hacia Kosovo se tocaran. Si así hubiera sido, no eran pocos los que podían resultar como perdedores en este proceso. Es más, habiendo existido Estados que durante el proceso le solicitaron a la Corte que hiciera una lectura estrecha de la pregunta o que

señalaron que la declaración unilateral de independencia no era posible de analizar legalmente, uno puede presumir que la forma en que la CIJ procedió, encontró el apoyo de muchos Estados o que una pregunta dirigida a las consecuencias legales de la declaración posiblemente no hubiera logrado el quórum necesario para su adopción en la Asamblea General.

De cualquier forma, en estas páginas hemos demostrado que la opinión consultiva posee un gran número de aportes y consideraciones importantes, muchas de las cuales están de acuerdo con las visiones dominantes de los académicos. Así, la Corte confirmó el hecho de que no existe prohibición alguna respecto de las declaraciones unilaterales de independencia en el derecho internacional. También que un Estado es, en realidad, un problema de hecho y no de derecho, el cual puede ser creado por la voluntad constitutiva de los particulares actuando en conjunto o a través de sus representantes electos, incluso, actuando sin el consentimiento de sus autoridades centrales.

Por otro lado, demostramos nuestra discordancia con la aplicación del principio de integridad territorial únicamente a las relaciones entre Estados, sobre lo cual señalamos que existe base suficiente, tanto en la jurisprudencia como en el *softlaw*, de que dicho principio puede ser aplicado también a actores no estatales y, específicamente, a movimientos separatistas que actúan dentro del territorio de un Estado.

Lo anterior, nos llevó a la afirmación de que el derecho internacional no prohíbe la secesión pero sí, en principio, no la favorece, es decir, posee una

presunción en su contra. Así, al analizar las cláusulas de salvaguardia, distinguimos aquellas situaciones en que efectivamente un pueblo puede ejercitar un derecho, o más que nada una alegación, ya que este puede ser contestado por el Estado madre.

Respecto a lo anterior, un aporte significativo de la opinión consultiva descubierto a raíz de su análisis es el reconocimiento de la Corte sobre la existencia de un proceso de secesión, con sus respectivos requerimientos. De esta forma, una entidad secesionista debe agotar todos los caminos de negociación posibles, ello mediante la búsqueda de un marco internacional de conversaciones donde los esfuerzos multilaterales no tengan resultados. Asimismo, incluso en aquellos casos en que la acción unilateral es inevitable, los independentistas deben incorporar en su declaración y Constitución compromisos esenciales relacionados con el orden legal internacional y los nuevos miembros de su Estado, incluyendo, en particular, a los miembros de las minorías y de los grupos no dominantes. Lo anterior, también debe referirse a los derechos e intereses legítimos del Estado del cual se separan, especialmente si es que quiere ser bienvenido en la comunidad internacional.

Vista de esta manera, pareciera ser que la opinión consultiva dice, o en realidad insinúa, más de lo que puede esperarse de ella. Diciendo poco sobre Kosovo, dijo bastante sobre el derecho internacional general. De esta forma, mientras la Corte se refirió únicamente a la legalidad de una declaración de

independencia, necesariamente toca otros temas, en particular la pregunta sobre la legalidad, ilegalidad o neutralidad de la secesión unilateral.

La mayoría del tribunal pareciera haber estado caminando en la cuerda floja, balanceándose en un esfuerzo para ser constructivos a la luz de las circunstancias y actuando contra la tentación de tomar partido en el irresoluto conflicto entre Serbia y Kosovo. En este sentido, la opinión de la mayoría dio a las aspiraciones de Kosovo un mudo e indirecto estímulo, mientras intenta, evidentemente, evitar el impacto rígido de una construcción legal que apoye el reclamo de soberanía llevado adelante por Serbia.

De esa manera, esta aprobación de la marcha de Kosovo hacia la estatalidad, aunque no así descrita, equivale, en mi opinión, a una visión ampliada del derecho a la libre determinación. Así, la Corte parece no tener en cuenta, o al menos calificar de manera significativa, la visión del derecho internacional de que la unidad territorial de los actuales Estados soberanos deben, sin excepción, ser respetada.

La importancia política y legal de la opinión consultiva confirma la visión de que el apoyo para un Kosovo independiente es una elección política más que una opción legal, a pesar de los esfuerzos de la CIJ para separar las dos preguntas. Pese a que la opinión no puede ser considerada como vinculante, sí será de gran influencia en la comunidad internacional, pero definitivamente no la exclusiva autoridad que permita a los otros movimientos separatistas convertirse en independientes.

En mi opinión, la Corte hizo bien al aceptar ejercer su competencia. Asimismo, hubiera sido deseable que el tribunal se refiriese a la existencia del derecho de autodeterminación externa del pueblo kosovar. Sin embargo, en caso de que así lo hubiese hecho, el derecho internacional regional hubiera entrado en juego, específicamente los tratados de la Unión Europea sobre el tema de las minorías. Lo anterior, ya que la base del argumento de la secesión como remedio es la correcta protección de las minorías de abusos de la mayoría de la población, entendido como una solución de última medida.

La noción de la secesión como remedio es usada por algunos autores contemporáneos quienes argumentan que una minoría despojada de sus derechos humanos más básicos puede, en el fondo, reclamar su estatalidad independiente. Esta voz de secesión como remedio, aunque bajo nombres distintos, ha sido izada por lo menos desde los 70's del siglo XX como un desarrollo más allá del derecho de la descolonización. Al respecto, estoy absolutamente de acuerdo con la visión expresada por el juez CançadoTrindade en cuanto a la pérdida de legitimación de un Estado con respecto a las minorías que en él conviven cuando sus derechos humanos no son respetados, lo que, sin duda, les otorga el derecho a la separación de dicho Estado.

Con todo, desde que la intervención llevada adelante por la OTAN en 1999 expulsó a la presencia militar serbia de Kosovo, ha dado la impresión de ser una certeza política el que Kosovo lograría alcanzar su aspiración de ser un

Estado independiente. Esta conclusión también se corresponde con la unanimidad de las preferencias manifestadas por la población albanesa, que constituye cerca del noventa por ciento del total de la región.

Asimismo, hablando en forma práctica, es muy difícil que Serbia alguna vez reconozca a Kosovo y que el Consejo de Seguridad intervenga en el asunto. Puede incluso que muchos Estados vean en la confirmación de la legalidad de la declaración de independencia una justificación para su reconocimiento, los que ya suman 98 dentro de la Comunidad Internacional.²⁷⁵

Así las cosas, habiendo aún bastantes asuntos pendientes en la región, como el control del norte del territorio de Kosovo, el cual sigue estando bajo control serbio, y existiendo ciertos progresos como la reciente autorización por parte de Serbia de la utilización del nombre Kosovo* con el objeto de participar en acuerdos y reuniones multilaterales, la labor de la Corte Internacional de Justicia en el asunto kosovar ha llegado a su fin. Ella, como una Corte de derecho, está destinada a interpretar obligaciones legales, en lugar de crearlas, obligaciones que, en derecho internacional, todavía fluyen en su mayoría del consentimiento y de acciones relevantes de los Estados. De esta forma, si los Estados no han sido capaces de llegar a un acuerdo en este problema, la CIJ seguramente se sentirá muy incómoda de intentar hacerlo por ellos.

²⁷⁵ <http://kosovothanksyou.com/>

BIBLIOGRAFÍA

I. RECURSOS IMPRESOS.

- BENADAVA, S. 1999. Derecho Internacional Público. Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile. 382 p.

- BORGÉN, C. 2010. Advisory Opinion, Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Introductory Note. International Legal Materials. Volumen 49 (5): 1404-1440.

- DERECHO INTERNACIONAL. 1997. Por REMIRO BROTONS, Antonio "et al". McGraw-Hill. Madrid.

- DIVAC ÖBERG, M. 2011. The Legal Effects of United Nations Resolutions in the Kosovo Advisory Opinion. The American Journal of International Law. Volumen 105 (1): 81-90.

- FALK, R. 2011. The Kosovo Advisory Opinion: Conflict Resolution and Precedent. The American Journal of International Law. Volumen 105 (1): 50-60.

- FUENTES TORRIJO, X. 2011. La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la declaración unilateral de independencia por Kosovo. Anuario de Derecho Público 2011. Universidad Diego Portales: 325-339.

- JACOBS, D. Y YANNICK, R. 2011. Waiting for Godot: An Analysis of the Advisory Opinion on Kosovo. Leiden Journal of International Law. Volumen 24 (2): 331-353.

- JUSTE, J. y CASTILLO, M. 2002. Derecho Internacional Público. Editorial Punto y Coma. Valencia. 311 p.

- KOHEN, M. y DEL MAR, K. 2011. The Kosovo Advisory Opinion and UNSCR 1244 (1999): A Declaration of 'Independence from International Law'? Leiden Journal of International Law. Volumen 24 (1): 109-126.

- KYMLICKA, W. 2010. Minority Rights in Political Philosophy and International Law. En: BESSON, S. y TASIOLAS, J. (Eds.) The Philosophy of International Law. Reino Unido. Oxford University Press. pp. 377-396.

- REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL. 2011. La independencia de Kosovo ante la Corte Internacional de Justicia. Madrid, Marcial Pons. 272 p.

- RYNGAERT, C. 2010. The ICJ's Advisory Opinion on Kosovo's Declaration of Independence: A missed opportunity? Netherlands International Law Review. Volumen 57 (3): 481-494.

- TAIBO, C. 1999. Para entender el conflicto de Kosovo. Los Libros de la Catarata, Madrid. 144 p.

- WELLER, M. 2011. Modesty Can Be a Virtue: Judicial Economy in the ICJ Kosovo Opinion? Leiden Journal of International Law. Volumen 24 (1): 127-147.

- WILDE, R. 2011. Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo. The American Journal of International Law. Volumen 105 (2): 301-307.

•WILDE, R. 2011. Self-Determination, Secession, and Dispute Settlement after the Kosovo Advisory Opinion. Leiden Journal of International Law. Volumen 24 (1): 149-154.

II. RECURSOS ELECTRÓNICOS.

•ACHARYA, U. 2012. ICJ's Kosovo Decision: Economical Reasoning of Law and Question of Legitimacy of the Court. [en línea] Legal Studies Research Paper No. 2012-11. Gozaga University School of Law. <<http://papers.ssrn.com/abstract=2139200>> [consulta: 19 de diciembre de 2012].

•ARP, B. 2010. The ICJ Advisory Opinion on the Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo and the International Protection of Minorities. [en línea] German Law Journal. Vol. 11. Nos. 07/08. <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1271>> [consulta: 19 de diciembre de 2012].

• ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970 que contiene la Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y de Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. [en línea]: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/352/86/IMG/NR035286.pdf?OpenElement>> [consulta: 19 de diciembre de 2012].

•BERGINK, J. 2010. International law as a political instrument in the case of Kosovo (1999-2010) [en línea] Amsterdam Law Forum. VU University of

Amsterdam. <<http://ojs.ubvu.vu.nl/alf/article/view/164/334>>[consulta: 18 de diciembre de 2012].

•BERMEJO, R. y GUTIERREZ, C. 2010. La declaración unilateral de independencia de Kosovo a la luz de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 de Julio de 2010 y de las declaraciones, opiniones individuales y disidentes a la misma. [en línea] Anuario español de Derecho Internacional. Vol. 26. <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/21544/1/ADI_n%C2%BA%2026_2010_01.pdf> [consulta: 18 de diciembre de 2012].

•BOTHE, M. 2010. Kosovo – So What? The Holding of the International Court of Justice is not the Last Word on Kosovo’s Independence. [en línea] German Law Journal. Vol. 11. Nos. 07/08. <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1269>> [consulta: 19 de diciembre de 2012].

•BURRI, T. 2010. The Kosovo Opinion and Secession: The Sounds of Silence and Missing Links. [en línea] German Law Journal. Vol. 11. Nos. 07/08. <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1273>> [consulta: 19 de diciembre de 2012].

• Carta de las Naciones Unidas. Suscrita en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional el 26 de junio de 1945 en San Francisco, California. [en línea]: <<http://www.un.org/es/documents/charter/index.shtml>>[consulta: 19 de diciembre de 2012].

•CHRISTAKIS, T. 2011. The ICJ Advisory Opinion on Kosovo: Has International Law Something to Say about Secession? [en línea] Leiden Journal of International Law. Vol. 24.

<<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=8070805>> [consulta: 21 de diciembre de 2012].

•CIRKOVIC, E. 2010. An Analysis of the ICJ Advisory Opinion on Kosovo's Unilateral Declaration of Independence. [en línea] German Law Journal. Vol. 11. Nos. 07/08.

<<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1275>> [consulta: 19 de diciembre de 2012].

•CISMAS, I. 2010. Secession in Theory and Practice: the Case of Kosovo and Beyond. [en línea] Goettingen Journal of International Law, Vol. 2, Nº 2. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1669324> [consulta: 20 de diciembre de 2012].

• CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 1244 (1999) Preámbulo. [en línea]

<<http://www.un.org/spanish/docs/comitesanciones/1160/sres1244.pdf>> [consulta: 23 de diciembre de 2012].

• Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales en Europa. Adoptado el 1 de febrero de 1995. [en línea]: <<http://www.judicatura.com/Legislacion/1530.pdf>> [consulta: 19 de diciembre de 2012].

•CORINNE TAN, H. 2010. The International Court of Justice's Advisory Opinion on the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo and its ramifications. [en línea]: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1931970> [consulta: 23 de diciembre de 2012].

• CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 2 de junio de 1999. Legality of Use of Force. Yugoslavia v. United States of America. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=yus&case=114&k=25>> [consulta: 19 de diciembre de 2012].

•CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>>

•CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Declaración del Vicepresidente, Juez Tomka. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15989.pdf>>

•CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión disidente del Juez Koroma. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15991.pdf>>

•CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración

unilateral de independencia relativa a Kosovo. Declaración del Juez Simma. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15993.pdf>>

•CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión separada del Juez Keith. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15995.pdf>>

•CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión separada del Juez Sepúlveda-Amor. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15997.pdf>>

•CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión disidente del Juez Bennouna. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15999.pdf>>

•CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión disidente del juez Skotnikov. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/16001.pdf>>

•CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión separada del juez CançadoTrindade. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/16003.pdf>>

- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión separada del juez Yusuf. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/16005.pdf>>

- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. WrittenStatement of Finland. [en línea]: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15630.pdf>>.

- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. Lotus Case (France v Turkey), 7 September 1927, PCIJ Series A, No. 10, 18 (1927). [en línea]: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf>[consulta: 17 de diciembre de 2012].

- GULYAS, L. 2012. A BriefHistory of the Kosovo conflictwithspecialemphasisontheperiod 1988-2008. [en línea] Historia actual online, Nº 27. <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3861597.pdf>> [consulta: 17 de diciembre de 2012].

- HANNUM, H. 2011. TheAdvisoryOpinionon Kosovo: AnOpportunityLost, or a PoisonedChaliceRefused? [en línea] Leiden Journal of International Law. Vol. 24. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1940547> [consulta: 20 de diciembre de 2012].

- HARVARD LAW REVIEW. 2011. Recent International AdvisoryOpinion. [en línea]<http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol124_kosovo_declaration_of_independence.pdf> [consulta: 23 de diciembre de 2012].

•HILPOLD, P. 2011. The ICJ Advisory Opinion on Kosovo: different perspectives of a delicate question. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1734443> [consulta: 24 de diciembre de 2012].

•HOWSE, R. y TEITEL, R. 2010. Delphic Dictum: How has the ICJ contributed to the Global Rule of Law by its Ruling on Kosovo? [en línea] German Law Journal. Vol. 11. Nos. 07/08. <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1270>> [consulta: 19 de diciembre de 2012].

• HUMAN RIGHTS WATCH. Federal Republic of Yugoslavia: Humanitarian Law Violations in Kosovo. Volume 10, Nº 9, 1998. <<http://hrw.org/campaigns/kosovo98/timeline.shtml>> [consulta: 19 de diciembre de 2012].

•Informe Ahtisaari. Página 2, párrafos 1, 3, 4 y 5. [en línea] <http://www.unosek.org/docref/Comprehensive_proposal-english.pdf> [consulta: 17 de diciembre de 2012].

•Interim Agreement for Peace and Self-Government in Kosovo. 23 de febrero de 1999. Capítulo I, Constitución, Preámbulo. <http://www.state.gov/www/regions/eur/ksvo_rambouillet_text.html>. [consulta: 23 de diciembre de 2012].

•JAMAR, H. y VIGNESS, M. K. 2010. Applying Kosovo: Looking to Russia, China, Spain and Beyond After the International Court of Justice Opinion on Unilateral Declarations of Independence. [en línea] German Law Journal. Vol. 11. Nos. 07/08.

<<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1276>>
[consulta: 19 de diciembre de 2012].

•KAMMERHOFER, J. 2011. Beggingthequestion? The Kosovo opinion and thereformulation of advisoryrequests.[en línea] Netherlands International LawReview, Vol. 58, N° 3.

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1684539 > [consulta: 15 de diciembre de 2012].

•LIPPOLD, M. y VASHAKMADZE, M. 2010. “Nothingbut a roadtowardssecession”? The International Court of Justice’sAdvisoryOpiniononAccordancewith International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo. [en línea] GoettingenJournal of International Law, Vol. 2, N° 2.
<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1669591> [consulta: 23 de diciembre de 2012].

• LOPEZ-JURADO, C. 2011. Kosovo ante la Corte Internacional de Justicia: La Opinión Consultiva de 22 de julio de 2010. [en línea] Revista Electrónica de Estudios Internacionales. Numero 21.
<<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3826743.pdf>> [consulta: 22 de diciembre de 2012].

•Memorandum of theSerbianAcademy of Sciences and Arts, English translation. [en línea]
<http://www.trepca.net/english/2006/serbian_memorandum_1986/serbia_memo_randum_1986.html>[consulta: 19 de diciembre de 2012].

•MOLITERNO, J. 2010. WhattheICJ'sDecisionMeansforKosovars. [en línea] German LawJournal. Vol. 11. Nos. 07/08. <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1274>> [consulta: 19 de diciembre de 2012].

•MONTANARO, Lucía. 2009. El dilema de la construcción del Estado de Kosovo: la fragilidad de un Estado cuestionado. [en línea] Madrid. Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior. <http://www.observatori.org/paises/pais_55/documentos/WP91_Kosovo_dilema_ESP_nov09.pdf> [consulta: 11 de diciembre de 2012].

•MUHARREMI, R. 2010. A Note onthe ICJ AdvisoryOpinionon Kosovo. [en línea] German LawJournal. Vol. 11. Nos. 07/08. <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1272>> [consulta: 19 de diciembre de 2012].

•MUSAYEV, T. 2011. AdvisoryOpinion of the International Court of Justiceon Kosovo and the Nagorno-Karabakhconflict: comparativeanalysis. [en línea] <<http://azambassade.fr/tinymce/uploaded/sehifeler/Qarabag/Analyse%20comparative.pdf>> [consulta: 18 de diciembre de 2012].

•PEREA UNCETA, J. A. 2011. Las cuestiones sobre Kosovo que no quiso responder el Tribunal de La Haya. [en línea] Anuario Jurídico y Económico Escurialense. Vol. XLIV. <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3625156.pdf>[consulta: 21 de diciembre de 2012].

•PETERS, A. 2011. Does Kosovo Lie in the Lotus-Land of Freedom? [en línea] Leiden Journal of International Law. Vol. 24.

<http://edoc.unibas.ch/20647/1/20110215144916_4d5a845cde800.pdf>
[consulta: 23 de diciembre de 2012].

•PIPPAN, C. 2010. The International Court of Justice's Advisory Opinion on Kosovo's Declaration of Independence: An Exercise in the Art of Silence. [en línea] European Journal of Minority Issues, Vol 3. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1729650> [consulta: 21 de diciembre de 2012].

•PORTILLA GOMEZ, J. M. 2012. El devenir histórico y legal de Kosovo. [en línea] Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Decimo Aniversario. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/11.5/art/art3.pdf>> [consulta: 20 de diciembre de 2012].

•Reference by the Governor-General concerning Certain Questions relating to the Secession of Quebec from Canada. 1998. [en línea] <<http://www.indigenousbar.ca/cases/quecess.PDF>> [consulta: 23 de diciembre de 2012].

•RICHEMOND-BARAK, D. 2011. The International Court of Justice on Kosovo: Missed Opportunity or Dispute "Settlement"? [en línea] Hague Yearbook of International Law, Vol. 23, N° 1. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1723034> [consulta: 18 de diciembre de 2012].

•ROBEN, V. 2010. The ICJ Advisory Opinion on the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo: Rules or principles? [en línea] Goettingen Journal of International Law, Vol. 2, N° 3. <<http://gojil.uni->

goettingen.de/ojs/index.php/gojil/article/view/146/pdfGoJIL%202%20%282010%29%203%2C%201063-1086> [consulta: 24 de diciembre de 2012].

•TAMS, C. 2010. The Kosovo Opinion. [en línea] <<http://www.ejiltalk.org/the-kosovo-opinion/>> [consulta: 12 de diciembre de 2012].

•TRICOT, R. y SANDER, B. 2011. Recent Developments: The Broader Consequences of the International Court of Justice's Advisory Opinion on the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo. [en línea] Columbia Journal of Transnational Law. Vol 49. No. 2. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1841803> [consulta: 19 de diciembre de 2012].

•VIDMAR, J. 2011. The Kosovo Advisory Opinion Scrutinized. [en línea] Leiden Journal of International Law. Vol. 24 (2) <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2060598> [consulta: 21 de diciembre de 2012].

•YEE, S. 2010. Notes on the International Court of Justice (Part 4): The Kosovo Advisory Opinion. [en línea] Chinese Journal of International Law. Vol. 9. <<http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/9/4/763.full.pdf>> [consulta: 19 de diciembre de 2012].