

**LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE
INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE KOSOVO DE 22
DE JULIO DE 2010: UNA INTERPRETACIÓN JUDICIAL
SUI GENERIS PARA UN CASO QUE NO LO ES.
APLICABILIDAD DE LA CLÁUSULA DE
SALVAGUARDIA DE LA RESOLUCIÓN 2625 (XXV) O DE
LA “SECESIÓN COMO REMEDIO”**

***THE ADVISORY OPINION OF THE INTERNATIONAL
COURT OF JUSTICE ABOUT KOSOVO OF JULY 22, 2010:
A JUDICIAL SUI GENERIS INTERPRETATION FOR A
CASE THAT IT IS NOT. THE CLAUSE OF THE
RESOLUTION 2625 (XXV) AND THE “REMEDIAL
SECESSION”***

Juan Soroeta Liceras*

Sumario. I. INTRODUCCIÓN. II. LAS CUESTIONES PREVIAS: COMPETENCIA Y DISCRETIONALIDAD DE LA CORTE. III. EL FONDO DEL ASUNTO: LA INTERPRETACIÓN SESGADA POR PARTE DE LA CIJ DEL CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN 1244 (1999). IV. EL “OTRO FONDO DEL ASUNTO”: LO QUE LA CORTE NO DIJO. V. CONCLUSIONES.

Fecha de recepción del original: 4 de diciembre de 2012. Fecha de aceptación de la versión final: 1 de febrero de 2013.

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Este estudio se ha realizado en el marco de las Ayudas del Gobierno Vasco para apoyar las actividades de Grupos de Investigación del Sistema Universitario Vasco, Grupo Consolidado IT-496-10 (IP. Francisco Javier Quel López).

RESUMEN: En opinión del autor, presionada por el miedo de los Estados a que se pudiera extrapolar su decisión a otros contextos del mundo en el que existen reclamaciones secesionistas, la Corte ha desperdiciado una ocasión única para pronunciarse sobre el alcance actual de dos principios claves del Derecho internacional contemporáneo: la integridad territorial de los Estados y la autodeterminación de los pueblos. Este artículo defiende el derecho de autodeterminación de Kosovo, en aplicación de la cláusula de salvaguardia contenida en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, a modo de “secesión como remedio”, y no considera que se trate de un caso *sui generis*, sino de una excepción al principio general, aplicable allá donde un Estado impida en su territorio el ejercicio de la autodeterminación interna a un pueblo.

ABSTRACT: In the author's opinion, pressured by the fear of the States to be extrapolated the decision to other contexts all around the world, in which there are secessionist claims, the Court has squandered a unique opportunity to rule on the current scope of two key principles of contemporary international law: territorial integrity of States and self-determination of peoples. This article defends the right of self-determination of Kosovo, under the safeguard clause in Resolution 2625 (XXV) of the General Assembly of the United Nations, as “remedial secession”, and does not consider that it is a sui generis case, but an exception to the general principle applies wherever a State prevents the exercise of internal self-determination of a people living in its territory

PALABRAS CLAVE: declaración unilateral de independencia, integridad territorial, autodeterminación, secesión como remedio, reconocimiento de Estados

KEYWORDS: unilateral declaration of independence, territorial integrity, self-determination, remedial secession, recognition of States

I. INTRODUCCIÓN.

“El Tribunal Internacional de La Haya avala la independencia de Kosovo. El Tribunal subraya, no obstante, que se trata de un caso excepcional, ya que le independencia se produjo en un contexto de violación de los derechos humanos de los kosovares”. Con este titular encabezaba el diario español *El País* su portada el 23 de julio de 2010, al día siguiente de que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) hiciera público su dictamen sobre Kosovo. Desde entonces se ha escrito hasta la saciedad sobre esta cuestión, que es considerada por los partidarios del “nacionalismo disolvente”¹ la confirmación de que el Derecho internacional respalda sus reclamaciones independentistas. Pero, ¿se corresponden realmente estos titulares con la decisión de la Corte?, ¿avala la Corte la independencia de Kosovo? En este estudio vamos a analizar en qué medida estas afirmaciones se corresponden con la realidad.

Sería tan pretencioso como inútil tratar de desarrollar en este trabajo la evolución del largo conflicto que enfrenta a la población de Kosovo con Serbia, pues, incluida su

¹ REMIRO BROTONS, A. (y otros), *Derecho Internacional. Curso General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 112.

historia reciente, es cuestión sobradamente estudiada por la doctrina². Por ello vamos a tomar como punto de referencia el contexto fáctico en el que se produjo la aprobación de la declaración unilateral de independencia (en adelante DUI). O quizás, unos años antes, en el período en el que se puso ya en marcha el proceso que culminaría con esta declaración, cuando en 1992 Ibrahim Rugova fue elegido Presidente de la autoproclamada República de Kosovo en el curso de unas elecciones clandestinas. La situación de graves violaciones de derechos humanos en el territorio llevó al CS a finales de la década de los años noventa a aprobar una serie de resoluciones que terminarían por establecer un régimen de administración internacional. En todas ellas se condenaban con rotundidad tales violaciones, pero, siguiendo la práctica habitual del CS³, se hacía referencia expresa a la necesidad de respetar el principio de integridad territorial de los Estados. Así, la Resolución 1160 (1998) expresaba su apoyo “a un mejoramiento de la condición jurídica de Kosovo que entrañe un grado sustancialmente mayor de autonomía y de administración propia satisfactoria”, partiendo del “compromiso de todos los Estados Miembros de respetar la soberanía y la integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia”. Estas afirmaciones se reiteraron en las posteriores resoluciones en el conflicto -1199 (1998), 1203 (1998) y 1239 (1999), incluida la controvertida 1244 (1999), que hasta en dos ocasiones reafirma directa e indirectamente -mediante remisión a su anexo I- “la adhesión de todos los Estados Miembros al principio de la soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia y los demás Estados de la región”⁴. Esta Resolución establece un régimen de administración internacional del territorio que, por un lado, impide a la Federación Yugoslava desarrollar las funciones de su soberanía sobre el territorio, pero que, por otro, tampoco atribuye a las instituciones administrativas kosovares poderes que puedan equipararse ni lejanamente a los que caracterizan el ejercicio de la soberanía de un Estado. Esa situación permaneció sin cambios hasta que se produjo la DUI, momento a partir del cual, y hasta la fecha en que se escriben estas líneas, el CS no ha vuelto a aprobar nuevas resoluciones en relación con el conflicto.

En 2005, después de años de infructuosos avances en las negociaciones entre las partes, Kofi Annan decidió designar un Enviado Especial, el finlandés Martti Ahtisaari, con el objetivo principal de consensuar con las partes un nuevo estatuto para el territorio. Pero un año más de fracasadas negociaciones fue suficiente para que, pese a las referencias expresas de la Resolución 1244 (1999) del CS a la integridad territorial serbia sobre el

² Sobre las cuestiones más relevantes de la intervención de la OTAN en Kosovo, y entre la abundante bibliografía al respecto, *cfr.* REMIRO BROTONS, A., “Un nuevo orden contra el Derecho Internacional: El caso de Kosovo”, *REEI*, núm. 1, diciembre 2000. Como ha señalado Carmen López-Jurado, el análisis de la cronología de los hechos en Kosovo por parte de la Corte excluye una cuestión clave, la intervención militar de la OTAN, punto de partida de un proceso que culminará con la DUI (LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, C., “Kosovo ante la Corte Internacional de Justicia: la Opinión consultiva de 22 de julio de 2010”, *REEI*, núm. 21, 2011, pp. 19-20)

³ En el caso de Abjasia las resoluciones son aún más expresivas. Así, la Resolución 1255 (1999) destaca “la necesidad de que las partes logren cuanto antes una solución política general que resuelva la cuestión del estatuto político de Abjasia dentro del Estado de Georgia, con pleno respeto de la soberanía y la integridad territorial de Georgia dentro de sus fronteras internacionalmente reconocidas”.

⁴ BERMEJO GARCÍA, R y GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La independencia de Kosovo a la luz del derecho de libre determinación”, *Real Instituto Elcano*, Documento de Trabajo núm. 7/2008, p. 14 y s.

territorio⁵, el Enviado Especial tirara la toalla y apostara abiertamente por la independencia de Kosovo como única solución viable, por considerar que sería imposible poner en marcha una autonomía bajo soberanía serbia, pues ésta tendría como consecuencia más violencia. Pese a que, como era de esperar, no sería aprobado en el CS por la oposición de Rusia y China, este informe, que sí recibió el visto bueno del SG⁶, dio alas a las autoridades de Kosovo, que el 17 de febrero de 2008 procedieron a declarar su independencia de Serbia.

La respuesta del gobierno serbio no se hizo esperar: consideró la declaración “una secesión impuesta y unilateral de un parte del territorio serbio, que no tendrá ningún efecto jurídico ni en la República serbia ni en el orden internacional”; un “acto ilícito declarado nulo y sin valor por la Asamblea Nacional de Serbia”⁷. Salvando la mucha distancia que separa este caso del de Quebec, el gobierno serbio decidió seguir el camino que emprendió en su día en su orden interno el canadiense, solicitando, a través de la AG, que la CIJ se pronunciara por medio de una opinión consultiva sobre la siguiente cuestión: “¿Se ajusta al Derecho internacional la declaración unilateral de independencia formulada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo?”⁸. El objeto de la solicitud era evidente: que la Corte declarara que el Derecho internacional no avala declaraciones de este tipo, y estableciera la obligación de las autoridades kosovares de seguir negociando el estatuto del territorio, dentro de la integridad territorial serbia. No debe olvidarse que, en el momento en que se produce la declaración, Serbia cumplía ya con los cánones de un Estado de Derecho.

II. LAS CUESTIONES PREVIAS: COMPETENCIA Y DISCRECIONALIDAD DE LA CORTE.

Entre las diferentes cuestiones apuntadas por los Estados reacios a aceptar que la Corte emitiera el dictamen son tres las que, en mi opinión, merecen una mayor atención, además de la relativa al margen de apreciación de que dispone la Corte a la hora de decidir sobre si está obligada o no a emitir la opinión consultiva. En primer lugar, la posible extralimitación de la AG al aprobar la resolución solicitando el dictamen, en la medida en que podría haber obviado el contenido del art. 12.1 de la Carta; en segundo, el posible carácter no jurídico de la pregunta planteada; y, finalmente, de afirmarse tal carácter jurídico, si se trata de una cuestión de Derecho internacional o está reservada a la competencia interna de los Estados.

⁵ La Resolución “Decide que la solución política de la crisis de Kosovo debe basarse en los principios generales que figuran en el anexo 1 y su elaboración ulterior en los principios y demás elementos necesarios enunciados en el anexo 2”. Por su parte el anexo 1 afirma la necesidad de llevar a cabo “un proceso político encaminado al establecimiento de un acuerdo sobre un marco político provisional que prevea un gobierno autónomo sustancial para Kosovo, teniendo plenamente en cuenta los acuerdos de Rambouillet y los *principios de soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia* y los demás países de la región, y la desmilitarización del Ejército de Liberación de Kosovo” (cursiva añadida).

⁶ Informe de 26 de marzo de 2007 (S/2007/168).

⁷ S/PV.5839, p. 3.

⁸ Resolución 63/3 de la AG, de 8 de octubre de 2008.

En relación con la primera de las cuestiones -quizás la que podía plantear más dudas sobre la competencia de la CIJ⁹-, la Corte afirmó que, si bien esta disposición “puede limitar el alcance de las medidas que pueda aprobar la Asamblea General después de recibir la opinión de la Corte (...), no limita por sí misma la autorización de solicitar una opinión consultiva (...)”¹⁰. En efecto, la AG había venido aprobando resoluciones referidas a las violaciones de derechos humanos contra la población kosovar, llegando incluso a mostrar su preocupación frente a una eventual partición del territorio¹¹, en lo que la Corte considera un ejemplo de lo que constituye ya una “tendencia creciente”: la AG y el CS examinan paralelamente una misma cuestión relativa al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales; el CS da prioridad a los aspectos que afectan centralmente a esta última cuestión, mientras la AG se ocupa principalmente de los aspectos humanitarios, sociales y económicos¹². Por ello, concluye la Corte, la AG tiene un “interés legítimo” en la respuesta¹³.

La segunda cuestión la zanja la Corte con un razonamiento básico: la cuestión planteada por la AG es si la DUI se ajusta al Derecho internacional, y “una cuestión en que expresamente se pregunta a la Corte si una acción en particular es compatible o no con el Derecho internacional ciertamente parece ser una cuestión jurídica”. Para ello se remite a su dictamen sobre el Sahara Occidental, en el que señaló que las cuestiones “enmarcadas en términos jurídicos y que plantean problemas de Derecho internacional (...) son, por su propia naturaleza, susceptibles de una respuesta basada en el derecho”¹⁴. La Corte entiende que, con independencia de la naturaleza política de los motivos que puedan haber inspirado la solicitud o de las consecuencias políticas que pudieran derivarse de la emisión de su opinión, no se puede negar a pronunciarse sobre los elementos jurídicos que se le plantean, en especial cuando lo que se le pide es que ejerza una función esencialmente judicial, como en este caso es la apreciación de un acto desde la perspectiva del Derecho internacional¹⁵. Obviamente, en este conflicto, junto a los aspectos jurídicos hay otros de carácter político, pero, con buen juicio, entiende la Corte que el hecho de que una cuestión tenga aspectos políticos no basta para privarle de su naturaleza jurídica.

Una vez confirmado su carácter jurídico, la Corte analiza la tercera cuestión: ¿es la DUI una cuestión que afecta al Derecho internacional o bien es una de las que se reservan a la competencia interna de los Estados? En opinión de la Corte lo que la AG le pide no es que emita una opinión “sobre si la declaración se ajusta a alguna norma de Derecho interno, sino solamente si se ajusta al Derecho internacional”, por lo que entiende que

⁹ ESPÓSITO, C., “El discreto ejercicio de la función consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de Kosovo”, *REDI*, 2011, núm. 1, p. 143.

¹⁰ Conformidad con el Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo, Opinión consultiva de 22 de julio 2010, *CIJ, Recueil*, 2010 (en adelante, para evitar reiteraciones nos referiremos a ella como Opinión consultiva), párr. 24 (el texto en castellano de la Opinión consultiva que se utiliza en este trabajo es el recogido en el documento A/64/881, de 26 de julio de 2010).

¹¹ Resolución 54/183 de la AG, de 17 de diciembre de 1999.

¹² Opinión consultiva, párrs. 41 y 42.

¹³ *Ibid.*, párr. 47.

¹⁴ *Sahara Occidental, Avis Consultatif, CIJ. Recueil 1975*, p. 18, párr. 15.

¹⁵ Opinión consultiva, párr. 27.

puede dar respuesta a esta pregunta “sin necesidad de investigar ningún sistema de derecho interno”¹⁶. Esta cuestión no es baladí, ya que desde el informe de las Islas Aaland hasta el de la Comisión Badinter se ha venido manteniendo que el Derecho internacional no reconoce a un pueblo o a una fracción de un pueblo el derecho a separarse de un Estado, y se ha remitido la cuestión al Derecho interno¹⁷. Como veremos más adelante, es ésta una cuestión sobre la que la Corte eludió pronunciarse, aunque para ello tuvo que llegar a la conclusión de que la declaración no fue efectuada por las autoridades establecidas por el régimen provisional de administración internacional.

Finalmente, aunque, tal y como señala el dictamen, una vez determinada su competencia, la CIJ no está necesariamente obligada a ejercerla, pues posee un poder discrecional para hacerlo, ella misma reduce considerablemente su margen de actuación en este ámbito, en la medida en que “su respuesta a una solicitud de opinión consultiva representa su participación en las actividades de la Organización y, en principio, no debería denegarse”¹⁸. Como con acierto señala el juez Cançado Trindade¹⁹, este margen de discrecionalidad es casi inexistente, precisamente por la razón apuntada por la propia Corte. Aunque es cierto que el margen es pequeño, de lo que es muestra evidente el hecho de que, como recuerda Carlos Espósito, ésta nunca se ha negado a responder a una solicitud de opinión consultiva²⁰, la discrecionalidad tiene la virtualidad de evitar “demandas frívolas”, que es como sorprendentemente califica el juez Bennouna la solicitud de la AG en este caso²¹. Lo cierto es que cuesta entender en qué medida ha contribuido la CIJ con este dictamen a la actividades de la Organización.

III. EL FONDO DEL ASUNTO: LA INTERPRETACIÓN SESGADA POR PARTE DE LA CIJ DEL CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN 1244 (1999)

La Corte se plantea como cuestión previa si puede o no modificar el sentido de la pregunta planteada en la resolución de la AG, para concluir afirmativamente, pero de forma sesgada, condicionando así prácticamente su decisión final, de acuerdo con dos premisas que, de partida, no comparto. Se aferra a la literalidad de la pregunta para decir que no se le pide que se pronuncie sobre los problemas principales de Derecho

¹⁶ *Ibid.*, párr. 26. «La fuerza obligatoria del Marco Constitucional se deriva del carácter vinculante de la resolución 1244 (1999) y, por tanto, del Derecho internacional. En ese sentido, reviste, por tanto, carácter jurídico internacional» (*ibid.*, párr. 88.)

¹⁷ En el mismo sentido véase E.E. de Albania, párr. 41-47.

¹⁸ Opinión consultiva, párr. 30.

¹⁹ Opinión Separada del juez CANÇADO TRINDADE, párr. 13. En sentido contrario, los jueces KEITH (Opinión Separada, párrs. 1-6) y SKOTNIKOV (Opinión disidente, párrs. 1-9) consideran que la Corte debió hacer uso de la discrecionalidad para rechazar responder a la pregunta de la AG, en especial por no provenir la solicitud del CS sino de la AG.

²⁰ ESPÓSITO, C., *op. cit.*, nota 9, p. 132.

²¹ Opinión disidente del Juez BENNOUNA, párr. 3. Como han señalado Dov Jacobs y Yannick Radi, la CIJ debió rechazar la solicitud de Opinión consultiva, no en ejercicio de su facultad discrecional, sino de su función judicial básica, que excluye la conducta de entidades no estatales (JACOBS, D. y RADI, Y., “Waiting for Godot: An Analysis of the Advisory Opinion on Kosovo”, *LJIL*, 24 (2011), p. 337).

internacional que plantea la DUI, sino sólo sobre si el Derecho internacional la prohíbe, pero se aleja de ella para decir que, pese a que lo afirmen tanto la propia Resolución como muchos de los Estados en los debates en que ésta se aprobó y en sus exposiciones escritas ante la Corte (incluidos muchos de los que se abstuvieron²² e incluso votaron en contra²³), puede y debe cuestionar la autoría de la DUI.

1. La literalidad de una parte de la Resolución: la Corte decide que sólo debe pronunciarse sobre la legalidad de la DUI.

Recurriendo a su jurisprudencia, comenzó recordando que cuando en ocasiones precedentes la pregunta no se había formulado de manera adecuada, cuando no reflejaba las “cuestiones jurídicas realmente procedentes”, o cuando la cuestión formulada era poco clara o vaga, la Corte había decidido apartarse de la redacción de la cuestión planteada²⁴. A primera vista, esta afirmación podría parecer prometedora, ya que se podría pensar que la Corte iba a abordar las cuestiones jurídicas realmente relevantes del caso, no mencionadas expresamente en la resolución, y que iba a emitir un dictamen esclarecedor *a futuro* sobre dos cuestiones fundamentales en el Derecho internacional contemporáneo en relación con este tipo de declaraciones: por un lado, la siempre conflictiva relación entre dos de los grandes principios de la Carta, el de la integridad territorial de los Estados y el de la libre determinación de los pueblos²⁵, y, por otra, sobre la validez y efectos jurídicos de los reconocimientos. Pero nada más lejos de la realidad. Como ha señalado el juez Koroma, en casos precedentes la Corte había reformulado la pregunta en un esfuerzo por que se adecuara lo más posible a la intención de la institución que había solicitado el dictamen, pero en este caso la Corte hace justo lo contrario, ya que el resultado es una pregunta completamente nueva²⁶. En este caso, la Corte considera que, de haber querido que se pronunciara sobre estos extremos, la AG habría sido tan explícita como lo fue en los casos del Sudoeste Africano y de la construcción del muro israelí en los territorios ocupados palestinos, en los que la solicitud de dictamen preguntaba expresamente por las *consecuencias jurídicas*²⁷. Ni siquiera explica por qué razón considera que en este caso “se había

²² Véanse, por ejemplo, entre los Estados que se abstuvieron, las intervenciones de las delegaciones del Reino Unido (A/63/PV.22, p. 3) y Francia (*ibid.*, p. 9), o las exposiciones escritas (en adelante E.E. de Argentina (párr. 116), República Checa (E.E., p. 10), Países Bajos (E.E., p. 7). Solo unos pocos Estados habían manifestado previamente al Dictamen que consideraban que la declaración no había sido realizada por la Asamblea de Kosovo. Entre ellos, Austria (E.E., párr. 16 y ss.), Luxemburgo (E.E., párr. 13), Noruega (E.E., párr. 13), Reino Unido (E.E., párr. 1.12) y Suiza (E.E., párr. 79)

²³ Entre los Estados que votaron en contra, véase la posición de Estados Unidos (A/63/PV.22, p. 5), de los representantes del propio Kosovo, que pretendieron ver justo lo contrario (Contribución escrita adicional de Kosovo, nota 32) o la de la propia Albania (E.E., párrs. 103-105).

²⁴ Opinión consultiva, párr. 50

²⁵ Ésta era abiertamente la esperanza de muchos de los Estados que intervinieron ante la AG antes y después de la votación de la Resolución 63/3. Así, por ejemplo, véanse las intervenciones de las delegaciones de Serbia (A/63/PV.22, p. 2), Rumania (*ibid.*, p. 7), Egipto (*ibid.*, p. 8), Comoras (*ibid.*, p. 10), Argentina (*ibid.*, p. 13) o El Salvador (*ibid.*, p. 16).

²⁶ Opinión disidente del Juez KOROMA, párr. 3. En el mismo sentido, véase la Opinión del juez SEPÚLVEDA-AMOR, párr. 29.

²⁷ *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste Africano), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad,*

formulado de manera adecuada la pregunta”, o que la “cuestión jurídica realmente procedente” es analizar simplemente si el Derecho internacional prohíbe o no la DUI. Concluye que, por lo tanto, “no considera necesario abordar cuestiones tales como si la declaración ha desembocado o no en la creación de un Estado o cuál es el estado de los actos de reconocimiento a fin de responder a la cuestión planteada por la Asamblea General”, y que, por ello, “no hay motivos para reformular el alcance de la cuestión”²⁸.

2. La reinterpretación de otra parte de la Resolución: la autoría de la DUI

Hasta aquí la Corte se aferra a la literalidad de la pregunta. Pero para concluir que la DUI no viola el Derecho internacional tenía que desmontar la afirmación de la propia AG sobre la autoría de la DUI, pues, si, como se deduce de su propia argumentación²⁹, tal declaración hubiera sido efectuada por la Asamblea Provisional de Kosovo en el marco del régimen interino de administración autónoma, podría –debería– llegarse a la conclusión de que sí violó el Derecho internacional, en la medida en que la Resolución 1244 (1999) tenía como objetivo que bajo esta Administración “su pueblo (Kosovo) pueda gozar de una autonomía sustancial *en la República Federativa de Yugoslavia*” (cursiva añadida).

La Resolución 63/3 de la AG, de 8 de octubre de 2008 afirmaba expresamente “que el 17 de febrero de 2008 *las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo* declararon su independencia de Serbia”, y planteaba la siguiente pregunta: “¿Se ajusta al Derecho internacional a la declaración unilateral de independencia formulada por *las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo*?”. En un sorprendente ejercicio de incongruencia, a renglón seguido de afirmar expresamente que no había motivos para reformular la pregunta para, como hemos visto, limitar el dictamen a la pregunta textual de la AG, la Corte procede a hacerlo, y lo justifica argumentando que no sería compatible con el ejercicio adecuado de su función judicial dar por buena la afirmación de la AG sobre la autoría de la declaración y entender que este órgano pretendió limitar esa posibilidad a la Corte³⁰. Su conclusión es que quien hizo la DUI no fue la Asamblea Provisional de Kosovo en su condición de institución provisional de administración autónoma, sino que se trataba de “personas que actuaron de forma concertada en su calidad de representantes del pueblo de Kosovo, fuera del cuadro de administración interina”³¹. En consecuencia, la pregunta quedaría reformulada en los siguientes términos: “¿Se ajusta al Derecho internacional la declaración unilateral de independencia (excluye de la pregunta la expresión “*formulada por las instituciones provisionales de autogobierno*”) de Kosovo?”. De hecho, la denominación oficial que se le da finalmente a la opinión consultiva, “Opinión consultiva de la Corte

opinión consultiva, I.C.J. Reports 1971, y Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, opinión consultiva de 9 de julio de 2004, I.C.J. Reports 2004.

²⁸ *Ibidem*. En sentido contrario, véase la Opinión del juez SEPÚLVEDA-AMOR, párrs. 34 y 55.

²⁹ “La identidad de los autores de la declaración de independencia (...) es un aspecto que puede afectar la respuesta a la cuestión de si la declaración se ajusta o no al Derecho internacional” (Opinión consultiva, párr. 52).

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibid.*, párr. 109.

Internacional de Justicia sobre la conformidad con el Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo”, es extraída por la Corte del título de la Resolución 63/3 de la AG, que difiere de la pregunta de la AG. Así, de una forma tan aparentemente inocente, se da un paso definitivo hacia las conclusiones finales de la Corte. Para ello insiste en un detalle que interpreta libremente a favor de tal interpretación: “en los debates sobre el proyecto de resolución no se examinó la identidad de los autores de la declaración ni la diferencia de redacción entre el título de la resolución y la cuestión que se planteó a la Corte”³², obviando que si no se llegó siquiera a debatir la cuestión era, con toda lógica, porque se daba por sentado que quienes habían hecho la DUI eran precisamente *las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo*.

Utilizando los propios argumentos de la Corte, si la AG hubiera tenido dudas al respecto, las habría planteado expresamente en la pregunta. Ya que la Corte recurre a su jurisprudencia, si la AG hubiera querido cuestionar la autoría de la DUI bien podría haber planteado la cuestión en términos similares a como lo hiciera cuando solicitó la Opinión consultiva sobre el Sahara Occidental, haciendo preguntas sucesivas: “¿Fue la Asamblea General de Kosovo, en su condición de institución provisional de autogobierno, quien realizó la DUI? En caso afirmativo, “¿se ajusta tal DUI al Derecho internacional?; en caso negativo, ¿violan el Derecho internacional los Estados que han reconocido a Kosovo?”³³. De esta forma se habría evitado tener que afirmar algo tan obvio como que el Derecho internacional nada dice sobre la legalidad de una proclamación realizada por un grupo de personas más o menos organizadas.

Para llegar a esa conclusión utiliza argumentos cuya mera lectura produce vergüenza ajena. Por una parte, interpreta libremente la intencionalidad de algunos de los actores en el conflicto ante la DUI, y, por otra, recurre a argumentos formales de una consistencia más que cuestionable, como, en ocasiones, la propia Corte deja entrever.

En relación con la cuestión de la intencionalidad, en opinión de la Corte, los autores de la declaración no trataron de actuar en el marco de la administración autónoma provisional de Kosovo, ya que la DUI “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 (...) y hacen hincapié en su determinación de alcanzar una ‘solución’ respecto del estatuto de Kosovo y dar al pueblo de Kosovo ‘una clara visión de su futuro’”. Sin más elementos de juicio, concluye que los autores de la DUI no pretendían actuar dentro del marco normal del autogobierno provisional de Kosovo, sino que su objetivo era que Kosovo se convirtiera en “un Estado

³² *Ibid.*, párr. 53.

³³ En el caso del Sahara Occidental, la pregunta formulada por la AG señalaba en dos partes: “¿Era el Sahara Occidental (Río de Oro y Sakiet El Hamra) en el momento de la colonización por España un territorio que no pertenecía a nadie (*terra nullius*)? Si la respuesta a la primera pregunta fuera negativa, ¿cuáles eran los vínculos jurídicos entre este territorio y el Reino de Marruecos y la entidad mauritana?”. Hannum propone la siguiente pregunta: ‘Does the recognition by states of the juridical independence of Kosovo violate their obligations under international law not to interfere with the territorial integrity and political independence of Serbia?’ (HANNUM, H., “The Advisory Opinion on Kosovo: An Opportunity Lost, or a Poisoned Chalice Refused?”, *LJIL*, 24, núm. 1, 2004, p. 158).

independiente y soberano”³⁴. Pero, por si esta peculiar interpretación no fuera suficiente, decide también interpretar la falta de reacción del Enviado Especial del SG ante la DUI³⁵ como una evidencia más de la intencionalidad de los autores de la DUI. ¿No era más lógico concluir que Ahtisaari no se pronunció sobre la cuestión porque bastante había hecho ya avalando la independencia con su informe que, además, *no fue aprobado por el CS*³⁶, cuando, además era un silencio obligado por la teórica política de “neutralidad” del SG en relación con la DUI?³⁷ Finalmente, interpreta el compromiso de los autores de la declaración de cumplir con las obligaciones establecidas por el Derecho internacional como una prueba más de que no intervinieron en condición de Asamblea de Kosovo³⁸, aunque es difícil entender qué tiene que ver lo uno con lo otro, más allá de la intención de sus autores de “ganarse” el apoyo de la comunidad internacional, subrayando su compromiso con el estado de derecho, siguiendo el ejemplo de cuantos Estados accedieron a la independencia en la última década del siglo pasado.

Como la Corte es consciente de lo endeble de su argumentación, trata de vestirla con cuestiones formales, tales como el procedimiento mismo utilizado para la aprobación de la DUI (“el procedimiento empleado para la declaración difiere del aplicado por la Asamblea de Kosovo para aprobar textos legislativos”), el hecho de que el texto original en albanés no hiciera referencias a que la declaración fuera obra de la Asamblea de Kosovo, la autodenominación misma de las personas que aprobaron la DUI (“los dirigentes democráticamente elegidos de nuestro pueblo”), o el hecho de que no se remitiera la DUI al Enviado Especial del SG para su publicación en el Boletín Oficial³⁹, y salva el escollo de que la DUI se realizara en el curso de una sesión extraordinaria de la Asamblea de Kosovo⁴⁰ quitando hierro al informe del SG de 28 de marzo de 2008, que lo afirmaba expresamente⁴¹, interpretando que se trataba del informe periódico ordinario sobre las actividades de la UNMIK, “cuya finalidad era informar al Consejo

³⁴ Opinión consultiva, párr. 105.

³⁵ Opinión consultiva, párr. 108.

³⁶ En este sentido, el Juez Tomka señala que: “One is left with the impression that the Special Representative remained silent this time as he knew well the effort to implement, to the extent possible, the unendorsed Ahtisaari plan through the declaration adopted by Kosovo Assembly “in coordination with many of the countries most closely involved in stabilizing the Balkans” (Opinión disidente del Juez TOMKA, párr. 34). El Juez Bennouna justifica tal silencio “parce que l’instance politique, dont il dépend, (Ahtisaari) était dans l’incapacité de se prononcer sur le déroulement du processus en cours pour le règlement du statut futur du Kosovo.” (Opinión disidente del Juez BENNOUNA, párr. 60).

³⁷ KOHEN, M.G. y DEL MAR, K., “The Kosovo Advisory Opinion and UNSCR 1244 (1999): A Declaration of ‘Independence from International Law’?”, *LJIL*, 24, 2011, p. 122. Como irónicamente han señalado estos autores, “when there is silence, the Court can quite clearly hear the sound of a factual qualification being made, and when a factual qualification is made, the Court is hard of hearing” (*Ibid.*, p. 123).

³⁸ Opinión consultiva, párr. 106.

³⁹ *Ibid.*, párr. 107.

⁴⁰ La propia Corte recuerda en el relato de los hechos que “según los pasajes pertinentes de la declaración de independencia, los autores de la declaración, “reunidos en sesión extraordinaria el 17 de febrero de 2008 en Pristina, capital de Kosovo (...)” (*Ibid.*, párr. 74).

⁴¹ S/2008/211, párr. 3

de Seguridad de la evolución de la situación en Kosovo y no realizar un análisis jurídico de la declaración o de la calidad en que habían actuado quienes la habían aprobado”⁴².

Como se puede apreciar, la construcción jurídica de la Corte es muy forzada, y da la sensación de que, desde un principio, persigue afirmar que quienes efectuaron la DUI no estaban obligados por las disposiciones de la Resolución 1244 (1999) para, de esta forma, obviar el examen de las cuestiones realmente relevantes de Derecho internacional presentes en el caso de Kosovo. Como han señalado Cesáreo Gutiérrez y Romualdo Bermejo, la Corte “deja traslucir su inquietud por lo delicado del asunto” y adopta una actitud básicamente “escapista”⁴³.

En mi opinión, la DUI fue efectuada por las instituciones provisionales de la administración autónoma de Kosovo, “un poder constituido y no un poder constituyente”⁴⁴, «des organes établis en vertu du Droit international, dont les compétences relèvent intégralement du Droit international (...), que n'étaient pas habilités à adopter la DUI, car celle-ci est hors des compétences que leur ont attribuées par la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité et le Cadre constitutionnel du Kosovo»⁴⁵. Nadie niega que fuera efectuada por representantes legalmente elegidos por la población, pero no existiendo una declaración expresa al respecto por parte de los mismos, resulta increíble que la Corte llegue a la conclusión de que lo hicieron “a título particular”, basándose exclusivamente en su personal interpretación de la intención de los autores de la DUI. En consecuencia, la DUI violó el régimen jurídico internacional establecido en el territorio (y no modificado) por el CS a través de su Resolución 1244 (1999), en la medida en que este régimen establecía un proceso de negociación sobre el estatuto futuro de Kosovo que, si efectivamente no excluía la posibilidad de su independencia, también lo es que, para cualquiera que fuera la solución, requería el consenso de las partes⁴⁶. De ahí la referencia al carácter unilateral de la declaración, que Albania incluso llegó a cuestionar, pues en ella reside uno de los elementos que la hacen, en principio, contraria al Derecho internacional: la falta de consenso⁴⁷. Pero es que, además, la DUI trata de establecer el régimen jurídico definitivo de Kosovo al margen de la integridad territorial de Serbia, que, como queda dicho, es el marco de referencia de la mencionada resolución del CS.

En contra de lo que mantiene la Corte, en mi opinión, la AG sí daba por sentado que los autores de la DUI eran las instituciones provisionales de la administración autónoma de

⁴² Opinión consultiva, párr.108.

⁴³ GUTIÉRREZ ESPADA, C. y BERMEJO GARCÍA, R., “De la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 22 de julio de 2010, sobre Kosovo”, *Real Instituto Elcano*, documento de trabajo, núm. 35/2010, pp. 2-3 y 10.

⁴⁴ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “La posición del Reino de España en el procedimiento consultivo: una aproximación general”, *REDI*, 2011, núm. 1, p. 23.

⁴⁵ Observaciones escritas (en adelante O.E.) de Serbia, párr. 526

⁴⁶ Véase la Declaración del Juez KOROMA, apart. 28.

⁴⁷ La representación albanesa cuestionó el carácter “unilateral” de la decisión, por el hecho de que las autoridades kosovares hubieran llevado a cabo consultas con diferentes “actores internacionales implicados en las negociaciones”, antes de realizar la DUI (E.E. de Albania, párr. 71).

Kosovo⁴⁸. En nuestro país varios Parlamentos Autonómicos han afirmado el derecho de autodeterminación de su población⁴⁹. Si fueran un poco más allá e hicieran una DUI –ya ha sido sugerido expresamente por el nacionalismo radical vasco⁵⁰–, ¿sería ésta contraria al Derecho internacional? Probablemente la respuesta no podría ser otra que la de la Corte: el Derecho internacional no prohíbe que un órgano descentralizado de un Estado efectúe una DUI. ¿Pero tendría algún sentido o utilidad la pregunta o/y la respuesta? Lo realmente importante son las consecuencias jurídicas de tales actos, y es precisamente lo que la Corte decide ignorar⁵¹.

3. La aséptica conclusión de la CIJ: la DUI no es contraria al Derecho Internacional

Una vez “aclarada” –sería más apropiado decir, “atribuida”– la autoría de la DUI, la Corte llega a la conclusión de que los autores de la DUI no estaban vinculados por lo establecido en la Resolución 1244 (1999), ya que ésta no contiene “una prohibición de proclamar la independencia vinculante para los autores de la declaración de independencia”⁵², ni cabe deducir tal conclusión “de los términos de la resolución, interpretados en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Pese a que admite que el tenor de la Resolución 1244 (1999) a este respecto “es, en el mejor de los casos, ambiguo”⁵³, concluye que la DUI no era un acto “destinado a surtir efectos (...) en el ordenamiento jurídico en que operaban esas instituciones provisionales”, por lo que sus autores “no estaban vinculados por el marco de competencias y responsabilidades establecido para regular la actuación de las instituciones provisionales de autogobierno”⁵⁴.

Con estos escasos mimbres, una DUI efectuada por “personas que actuaron de forma concertada en su calidad de representantes del pueblo de Kosovo, fuera del cuadro de

⁴⁸ En el mismo sentido, véase la Opinión Separada del juez SEPÚLVEDA-AMOR, párr. 24 y ss.

⁴⁹ El Parlamento catalán afirmó en marzo de 2011 el “derecho a la autodeterminación de los pueblos como un derecho irrenunciable del pueblo de Cataluña” (previamente lo había hecho ya en 1989, 1998 y 2010, aunque sin la referencia a la irrenunciabilidad). El Parlamento Vasco aprobó en febrero de 1990 una resolución en la que proclamaba el derecho del Pueblo vasco a la autodeterminación, que consiste en la “potestad de sus ciudadanos para decidir libre y democráticamente su estatus político, económico, social y cultural, bien dotándose de un marco político propio o compartiendo, en todo o en parte, su soberanía con otros pueblos”.

⁵⁰ Ver *El País*, de 16 de septiembre de 2012.

⁵¹ Lo que parece evidente es que quien sale peor parado de la Opinión consultiva es el propio CS, pues “admite que se termine un régimen de administración internacional mediante una DUI proclamada por un conjunto de personas que se atribuyen la representación del pueblo de Kosovo” (ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M.P., “*Tu quoque, Corte? La banalización de los poderes del Consejo de Seguridad en la Opinión consultiva sobre la conformidad con el Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*”, *REDI*, 2011, núm. 1, p. 66 y ss.). En el mismo sentido, véanse WILDE, R., “Self-Determination, Secession, and Dispute Settlement after the Kosovo Advisory Opinion”, *LJIL*, 24, 2011, pp. 149–154, y KOHEN, M.G. y DEL MAR, K., *op. cit.*, nota 37, p. 126.

⁵² Como ha señalado M. P. Andrés, la Corte pretende lo imposible: “que la propia Resolución hubiera señalado como destinatarios a un innominado grupo de personas y que expresamente hubiera contemplado y prohibido la DUI” (ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P., *op. cit.*, nota 51, p. 71).

⁵³ Opinión consultiva, párr. 118.

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 121.

administración interina”, y una resolución del CS –la 1244 (1999)- que no establece obligaciones respecto de quienes la realizaron, y que, por ello, no violaron el Marco Constitucional, la Corte llega a la “básica” conclusión⁵⁵ de que no existe una norma en Derecho internacional que prohíba que un grupo de personas realice una DUI en tales circunstancias, pues éstos no están vinculados con la obligación de mantener la integridad territorial. Realmente para este viaje no hacían falta alforjas⁵⁶, pues, de esta forma, la Corte no sólo se contradecía con su presunto deseo de contribuir al mejor funcionamiento de la Organización, sino que daba además la razón a quienes se posicionaron en contra de la solicitud de la opinión consultiva por entender que no tendría utilidad alguna⁵⁷, como en, mi opinión, es el caso, a la vista de las conclusiones de la CIJ.

Como ha señalado Corten, de una lectura de buena fe de la Resolución 1244 (1999) y de los documentos complementarios no cabe otra conclusión que la de que la DUI, a falta de una resolución posterior del CS que modifique su posición respecto de las anteriores, es incompatible con el Derecho internacional⁵⁸. En efecto, la mencionada resolución tiene como objetivo “promover el establecimiento, hasta que se llegue a solución definitiva, de una autonomía y autogobierno sustanciales en Kosovo, teniendo plenamente en cuenta el anexo 2”, que señala lo siguiente

“Para lograr una solución de la crisis de Kosovo, deberá llegarse a un acuerdo sobre los principios siguientes: (...) 5. El establecimiento, que decidirá el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de una administración provisional en Kosovo como parte de la presencia internacional civil que permita al pueblo de Kosovo disfrutar de una autonomía sustancial dentro de la República Federativa de Yugoslavia”.

Por el contrario, la DUI tiene como objetivo evidente (una intencionalidad que la Corte parece ignorar) la creación de un nuevo Estado, lo que choca frontalmente con el régimen vigente establecido por la Resolución 1244 (1999) del CS, cuyo contenido es minimizado de forma interesada por la CIJ, que obvia “los poderes de las autoridades de la administración civil internacional y la subordinación a ellas de las instituciones provisionales de autogobierno”⁵⁹. Como ha señalado M. Paz Andrés, la consecuencia de la literalidad de esta afirmación es que la Corte ampara “una ficción conforme a la cual un órgano establecido para garantizar una autonomía sustancial de gobierno se puede convertir, de forma unilateral y mediante un ejercicio de transformismo político, en un

⁵⁵ HANNUM, H., *op. cit.*, nota 33, p. 155.

⁵⁶ Weller aplaude la decisión de la Corte, que califica de “economía judicial” (WELLER, M., “Modesty Can Be a Virtue: Judicial Economy in the ICJ Kosovo Opinion?”, *LJIL*, 24, núm 1, 2004).

⁵⁷ Así, por ejemplo, véanse las intervenciones de las delegaciones del Reino Unido, especialmente prepotente, al afirmar que “La independencia de Kosovo es y seguirá siendo una realidad. El Gobierno de Serbia deberá decidir cómo aceptarla” (A/63/PV.22, pp. 2-3), Estados Unidos (*ibid.*, p. 5), Francia (*ibid.*, p. 9), Canadá (*ibid.*, p. 12), Alemania (*ibid.*, p. 13) o Dinamarca (*ibid.*, p. 15).

⁵⁸ CORTEN, O., “Déclarations unilatérales d’indépendance et reconnaissances prématures: Du Kosovo à l’Ossetie su Sud et Abhazie“, *RGDIP*, 2008-4, pp. 739. Como ha señalado Concepción Escobar, la voluntad del CS expresada a través de sus resoluciones “no puede ser sustituida en ningún caso por su mero silencio” (ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, nota 44, p. 22)

⁵⁹ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P., *op. cit.*, nota 51, 66 y s.

poder constituyente y de esa forma escapar de las normas aplicables”⁶⁰. En los gráficos términos de Cedric Ryngaert, “the Court sanctioned ‘trick with the hat’, which allows the representatives of the Kosovar people to wear the hat that suits them best”⁶¹.

Aunque el dictamen no desarrolla la idea, la otra cara de la moneda de la conclusión de la Corte en el sentido de que el Derecho internacional no prohíbe una DUI es que, aunque sólo lo insinúe, tampoco la avala⁶². En efecto, en este ámbito hila muy fino, demasiado:

“De hecho, es enteramente posible que un acto en particular, como una declaración unilateral de independencia, no infrinja el Derecho internacional sin que necesariamente constituya el ejercicio de un derecho que éste le confiere. Se ha pedido a la Corte una opinión sobre el primer punto, no sobre el segundo”.

Tal y como señaló el juez Koroma, si bien es cierta la conclusión de la Corte, la afirmación de que el Derecho internacional ni autoriza ni prohíbe las DUI sólo tiene sentido si se hace en abstracto; no en un caso concreto en el que, en función de las circunstancias, la DUI puede ser contraria al Derecho internacional⁶³. En opinión de este juez, la Corte debió concluir que, con independencia de que pueda defenderse su legalidad, una secesión unilateral de un territorio de un Estado sin el consentimiento de éste, como es el caso de Kosovo, es una cuestión de Derecho internacional⁶⁴, evitando un razonamiento que el Juez Simma calificó de “anacrónico”, al aplicar la doctrina *Lotus*, que, en su opinión es una “visión extremadamente consensualista del Derecho internacional”:

“The Court (...) could have considered the scope of the question from an approach which does not, in a formalistic fashion, equate the absence of a prohibition with the existence of a permissive rule; it could also have considered the possibility that international law can be neutral or deliberately silent on the international lawfulness of certain acts”⁶⁵ (...) “To not even enquire into whether a declaration of independence might be “tolerated” or even expressly permitted under international law does not do justice to the General Assembly’s request and (...) significantly reduces the advisory quality of this Opinion”⁶⁶.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 70.

⁶¹ “By placing itself outside the legal order of the Constitutional Framework, by removing the hat of ‘members of the Kosovar provisional institutions’, the Kosovar representatives created a legal vacuum in which any act, including a unilateral declaration of independence, would per se be lawful (or at least not unlawful)” (RYNGAERT, C., “The ICJ’s Advisory Opinion on Kosovo’s Declaration of Independence: a missed opportunity?”, *NILR*, 2010, núm. LVII, p. 486).

⁶² Véase FALK, R., “The Kosovo Advisory Opinion: conflict resolution and precedent”, *AJIL*, Vol. 105, núm. 1, January 2011, p. 50.

⁶³ Christakis defiende la existencia en el Derecho internacional de una presunción contra la eficacia de la secesión y a favor de la integridad territorial de los Estados, que pueden utilizar todos los medios lícitos a su alcance para luchar contra la secesión (CHRISTAKIS, T., “The ICJ Advisory Opinion on Kosovo: Has International Law Something to Say about Secession?”, *LJIL*, 24 (2011), pp. 83-84).

⁶⁴ Opinión disidente del Juez KOROMA, párr. 20.

⁶⁵ Opinión del Juez SIMMA, párrs. 3 y 5.

⁶⁶ *Ibid.*, párr. 10.

IV. EL “OTRO FONDO DEL ASUNTO”: LO QUE LA CORTE NO DIJO.

El hecho de que en las audiencias ante la Corte de La Haya participara una cuarentena de Estados defendiendo posiciones diametralmente opuestas da una idea de la relevancia que tienen para ellos algunas de las cuestiones que quedaron en el tintero. La obsesiva insistencia de unos y otros en el carácter particular o *sui generis* del caso da también una idea de sus temores sobre lo que la Corte pudiera decir, creando, quiérase o no, un precedente⁶⁷, sobre cuestiones tan relevantes como la dinámica existente entre el principio de la integridad territorial de los Estados y el de la libre determinación de los pueblos o la posible ilegalidad de los reconocimientos ya realizados por muchos de los Estados intervinientes.

Este miedo atávico, que se remonta a la creación misma de los Estados, lleva a muchos de ellos a incurrir en el error de meter en el mismo saco las reivindicaciones independentistas de pueblos que forman parte de Estados ya constituidos, es decir, supuestos de secesión pura y dura (Kosovo, Sudán del Sur) y las de pueblos sometidos a dominación colonial o extranjera (Sahara Occidental, Palestina). Ni siquiera la opinión de los magistrados escapa a este temor; así se explica, por ejemplo, la posición tan visceralmente contraria a la independencia de Kosovo del juez Bennouna, aunque da la sensación de que más que en Kosovo, tiene puesta su mente en el conflicto que enfrenta a su país con el Sahara Occidental⁶⁸. Como regla general debe quedar meridianamente claro que el principio de integridad territorial actúa frente a reclamaciones secesionistas (“separatistas” si se quiere) en Estados ya constituidos, y que no lo hace frente a reclamaciones independentistas en territorios que aún no han accedido a la condición de Estado, o dicho de otro modo, que se encuentran sometidos a dominación colonial o a ocupación extranjera.

En este sentido resulta muy elocuente la abundante argumentación aportada por Estados en los que, como el nuestro, existen reivindicaciones independentistas (el caso de Chipre refleja bien esta preocupación, aunque la Resolución 541 (1983) del CS sobre la DUI de Chipre septentrional es suficientemente clara⁶⁹), y las matizaciones que otros, incluidos los favorables a la independencia de Kosovo, se ven obligados a hacer para dejar claro que esa posición es válida única y exclusivamente para ese caso. Ese mismo temor llevó a algunos Estados a negar la utilidad del dictamen y a otros a afirmar la ilegalidad de la DUI, lo que, si bien es comprensible, no era estrictamente necesario. ¿Por qué no abordar de una vez por todas el perfil que ofrece el derecho a la libre determinación de los pueblos tras más de medio siglo desde que se aprobara la Resolución 1514 (XV)?, ¿hasta cuándo el eterno debate sobre las supuestas nuevas

⁶⁷ En este mismo sentido, véanse O.E. de Chipre, párr. 34-40.

⁶⁸ Debe recordarse que Mohamed Bennouna fue miembro de la delegación de su país ante la AG de las ONU desde 1974 (coincidiendo prácticamente con la ocupación del Sahara occidental) y ha sido representante permanente de Marruecos ante la Organización desde 2001 hasta su nombramiento como magistrado de la CIJ.

⁶⁹ La Resolución 541 (1983) del CS “1. *Deplora* la declaración de las autoridades turcochipriotas de la pretendida secesión de parte de la República de Chipre; 2. *Considera* que la citada declaración carece de validez jurídica e insta a que sea retirada (...)”.

características de este derecho? La Corte tuvo la ocasión de abordar esta cuestión dando luz sobre una institución que, en mi opinión, no ha evolucionado un ápice desde que finalizara la mayor parte del proceso descolonizador, pero cuya mera mención produce sudores fríos en Estados con problemas internos⁷⁰. Sin duda, una interpretación por parte de la CIJ acorde con la doctrina y la práctica de las Naciones Unidas y la Doctrina internacionalista mayoritaria, podría haber puesto punto final a tanto debate estéril y a tantos temores más o menos bien fundados.

1. Estatus jurídico del territorio: compatibilidad de la presencia de MINUK, KFOR y EULEX en ¿la “República de Kosovo”?

Como queda dicho, la CIJ afirmó que el régimen establecido por la Resolución 1244 (1999) constituye un caso de Administración internacional de territorio (“régimen de administración internacionalizada” en expresión de Mariano Aznar⁷¹). Esta administración provisional la componían la MINUK (*Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo*) y la KFOR (*Kosovo Force*) que, aunque cuando se escriben estas líneas continúan en el territorio, han visto progresivamente reducidos sus poderes tras la DUI, dado que gran parte de las funciones que les habían sido encomendadas por el CS son desarrolladas en la actualidad por la administración local kosovar con la asistencia de la EULEX Kosovo (*European Union Rule of Law Mission in Kosovo*). Como ha destacado Araceli Mangas, la arrogancia de la UE apoyando sin disimulos el proceso que ha desembocado en la DUI es de tal calibre que la EULEX fue creada tan solo cuatro días antes de que se produjera la mencionada declaración, a sabiendas de que ésta se iba a producir, obviamente, sin autorización de la ONU⁷². Como ha señalado esta autora, aunque las instituciones europeas denunciaron desde un principio las graves violaciones de derechos humanos producidas en el territorio durante los años más cruentos, sus documentos nunca cuestionaron la integridad territorial de Serbia, lo que no les impidió tratar a Kosovo “como si fuera un Estado antes y después de 2008”⁷³. De ahí la abierta oposición de Belgrado y de la población serbokosovar del norte del territorio a la llegada de EULEX, pues, con razón, consideran a la UE el principal valedor –junto a los Estados Unidos- de su presunta independencia.

⁷⁰ Aunque el profesor Carlos Jiménez cree que es mejor dejar la tarea de establecer la relación entre los principios de soberanía e integridad territorial y de libre determinación “a la suerte de la evolución de la práctica internacional en la materia” (En el mismo sentido, véase JIMÉNEZ PIERNAS, C., “Los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos en la Opinión consultiva sobre Kosovo: una oportunidad perdida”, *REDI*, 2011, núm. 1, p. 37, p. 51), en mi opinión, es hora de que en estos tiempos de aguas revueltas, en especial con el nuevo ímpetu que han adquirido los nacionalismos tras la caída del muro de Berlín, se aclare de una vez por todas esta cuestión, y más en sede judicial. En este sentido, véase la Opinión Separada del Juez YUSUF, párr. 17.

⁷¹ AZNAR, M., *La administración internacionalizada del territorio*, ed. Atelier, Barcelona, 2008. Sobre esta cuestión, véase CARDONA LLORENS, J., “La relevancia (o no) de la administración internacional de Kosovo en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010: perplejidades de un lector”, *REDI*, 2011, núm. 1, p. 83).

⁷² MANGAS MARTÍN, A., “Kosovo y Unión Europea: una secesión planificada”, *REDI*, 2011, núm. 1, p. 117. Sobre la denominada “perspectiva europea” de Kosovo, véase este artículo de la profesora Mangas Martín, en especial p. 113 y ss.

⁷³ MANGAS MARTÍN, A., *op. cit.*, nota 72, p. 112.

Las dificultades derivadas del despliegue de EULEX en el territorio sin que previamente se hubieran modificado los mandatos de MINUK y KFOR han sido ampliamente expuestas por el propio SG de la ONU⁷⁴. De hecho, desde que se desplegó EULEX los problemas en Kosovo septentrional, donde la mayoría de la población es serbokosovar, han ido en aumento; sus dirigentes y las autoridades de Belgrado dejaron desde un principio bien claro su rechazo por su despliegue en esa zona y que sólo cooperarían con la MINUK⁷⁵; pese a haber abierto EULEX una oficina en el norte del territorio, allí sólo actúa la MINUK⁷⁶. En el resto de Kosovo, y desde 2009, EULEX se hizo cargo de su responsabilidad operacional en la esfera del estado de derecho, reduciéndose progresivamente la presencia de la MINUK. El hecho es que si la neutralidad de la ONU en el territorio fue puesta en entredicho tras el informe favorable a la independencia de Ahtisaari, resulta aún más dudosa en el caso de EULEX. Pero lo realmente importante es que la DUI y el despliegue de EULEX en el territorio han tenido como consecuencia un ajuste gradual de la configuración y el tamaño de la UNMIK, que se ha producido mediante sucesivos acuerdos, pero sin que el CS haya aprobado una nueva resolución modificando su mandato, lo que constituye una inquietante irregularidad, que pone una vez más de relieve la prepotencia de la UE, que aplica sin disimulos una política de *faits accomplis*.

La propia Corte ha afirmado que ni la Resolución 1244 (1999) ni el Marco Constitucional contenían cláusulas que previeran su terminación, ni han sido derogados, por lo que “constituían el Derecho internacional aplicable a la situación imperante en Kosovo el 17 de febrero de 2008”⁷⁷. Y lo siguen siendo en la actualidad pues, pese a los denodados esfuerzos de algunos Estados por poner punto final a la administración creada por la Resolución 1244 (1999) mediante la aprobación de una nueva resolución del CS, el veto ruso a esta posibilidad deja el estatuto jurídico del territorio, con la presencia de KFOR, MINUK y EULEX, en un limbo jurídico, al que tan aficionado es su principal valedor: Estados Unidos. Lo que es evidente es que este embrollo institucional es consecuencia directa de la DUI, y si, como el juez Cançado Trindade ha señalado, la permanencia de la ONU en Kosovo sigue siendo necesaria para preservar la paz y seguridad internacionales en la región⁷⁸, bien se podía haber pronunciado la Corte sobre la cuestión pese a que la AG no se lo hubiera pedido expresamente. De hecho, una vez que entró a analizar el proceso que llevó al territorio de Kosovo a la administración internacional provisional, debió hacerlo; como órgano principal de las Naciones Unidas difícilmente se le hubiera podido criticar por tratar de aclarar el estatus de la presencia de la Organización en un territorio aparentemente abandonado a la más pura efectividad. Como señalara el juez Koroma, la DUI viola el Derecho internacional, entre otras razones, porque su objetivo es poner fin a la presencia internacional en Kosovo

⁷⁴ Véase por ejemplo el informe del SG de 12 de junio de 2008, S/2008/354, párrs. 13 y 18.

⁷⁵ Informe del SG de 15 de julio de 2008, S/2008/458, párr. 5.

⁷⁶ Informe del SG de 30 de septiembre de 2009, S/2009/497, párr. 12. Como en este sentido ha afirmado Araceli Mangas, “la UE nunca fue neutral y ha utilizado un doble lenguaje para envolver un plan trazado por los grandes Estados para llevar indefectiblemente a la independencia de Kosovo, en violación de la Resolución 1244 (1999)” (MANGAS MARTÍN, A., *op. cit.*, nota 72, p. 122).

⁷⁷ Opinión consultiva, párr. 191

⁷⁸ Opinión Separada del Juez CANÇADO TRINDADE, párr. 231.

establecida por la Resolución 1244 (1999), algo que sólo el CS puede decidir⁷⁹. A falta de una nueva resolución del CS, y dado que la condición estatal de Kosovo es aún una cuestión abierta, habría que concluir con Michael Bothe que, la afirmación de la Corte en el sentido de que la DUI no violó la Resolución 1244 (1999) “does not mean that Serbia is not entitled to rely on the Resolution regarding its claims of territorial integrity”⁸⁰: la supuesta “República de Kosovo” es, hoy por hoy, una quimera.

2. La integridad territorial de Serbia y la aplicabilidad del derecho de autodeterminación a Kosovo... ¿por qué debería ser un caso *sui generis*?

No hay duda de que la interacción entre estos dos principios está en la base de la cuestión planteada por la AG, y de que muchos Estados esperaban que la Corte se pronunciara expresamente sobre la misma⁸¹, pero el temor a que lo que pudiera decir la Corte pudiera extrapolarse a otros lugares del mundo en los que existen reivindicaciones secesionistas les llevó tanto a éstos, como a la AG y a la Unión Europea⁸² a insistir obsesivamente en el carácter “particular”, “*sui generis*” del caso kosovar. Así, entre los Estados intervinientes hay prácticamente unanimidad sobre la cuestión, incluidos quienes están en contra de la validez de la DUI, aunque los motivos para defender tal carácter varían en función de la posición de cada Estado: para unos, la particularidad se deriva del estatuto de Kosovo en la Constitución de la República de 1974 o el desmantelamiento no consentido y violento de Yugoslavia; para otros, de las violaciones de derechos humanos entre 1989 y 1999, del consiguiente establecimiento de una administración internacional en el territorio desde 1999; para otros, del agotamiento de todas las posibilidades de negociación y de la voluntad de la mayoría de la población favorable a la independencia de Kosovo, o del supuesto apoyo a la independencia por parte de la ONU y de la Unión Europea... Todas ellas tienen en común el proceso político que abarca desde el desmembramiento de la antigua Yugoslavia hasta el establecimiento de la administración internacional provocada por las graves violaciones de derechos humanos. Pero como señala Serbia, cada caso es único, y ello no impide que se aplique el Derecho internacional a hechos particulares: el pretendido carácter *sui generis* de la situación de Kosovo no constituye en sí una base jurídica para la secesión⁸³. Es obvio que se trata de un caso particular, pero no más que otros muchos: basta un recorrido mental por el mapa africano para encontrar

⁷⁹ Opinión disidente del juez KOROMA, párrs. 11 y 14.

⁸⁰ BOTHE, M., “Kosovo - So What? The Holding of the International Court of Justice is not the Last Word on Kosovo’s Independence”, *GLJ*, 2010, vol. 11, núm. 08, p. 839.

⁸¹ “Étant donné les circonstances politiques dans lesquelles la demande d’avis consultatif a été faite, il est clair que ce qui est réellement sollicité sous le couvert de cette demande est une évaluation juridique de l’acte de sécession et d’indépendance du Kosovo, c’est-à-dire une réponse à la question de savoir si le Kosovo peut être ou non considéré comme un Etat” (E.E. de Japón, p. 1). En sentido parecido, véase E.E. de Brasil, p. 1.

⁸² Consejo de la UE. Conclusiones sobre Kosovo de 18 de febrero de 2008.

⁸³ “Si (...) le ‘genre’ Kosovo est caractérisé par «une situation où la sécession est autorisée pour autant que les circonstances suivantes existent: violations antérieures des droits de l’homme, administration internationale prolongée, négociations infructueuses, absence d’accords avec le Conseil de sécurité etc.», cela ressemblerait alors à une catégorie juridique, un peu alambiquée. Cependant, si tel est le cas, ce «genre» n’aurait pas comme seule espèce le Kosovo et pourrait couvrir d’autres situations à l’avenir” (E. E. de Serbia, p. 80).

innumerables “particularidades” aún más graves que la de Kosovo. En mi opinión, la especialidad del caso se deriva de las consecuencias de las graves violaciones de derechos humanos, quizás ya pasadas, pero que hacen poco menos que imposible la convivencia, no sólo a medio, sino a largo plazo. Como “solución”, “remedio”, o como se quiera denominar, la independencia propuesta por Ahtisaari bien podría ser la única opción posible.

Pese a que numerosos Estados afirmaron en sus exposiciones que la DUI había violado la integridad territorial de Serbia⁸⁴, la Corte consideró que se trata de un principio que afecta única y exclusivamente a las relaciones internacionales entre Estados -lo que deduce del contenido de la Resolución 2625 (XXV), del derecho consuetudinario o del Acta Final de Helsinki-, por lo que, en su opinión, este principio no vincula a actores no estatales⁸⁵. Dado que varios Estados habían citado el precedente de las DUI de Chipre septentrional o de Sprska, en los que el CS había afirmado expresamente que eran contrarias al principio de integridad territorial de Chipre y de Bosnia y Herzegovina respectivamente, la Corte justifica estas resoluciones por las circunstancias en que se produjeron tales DUI. En su opinión, la ilegalidad de tales declaraciones no se derivaba de su carácter unilateral, “sino del hecho de que iban o habrían ido acompañadas de un uso ilícito de la fuerza o de otras infracciones graves de las normas del Derecho internacional general, en particular las de carácter imperativo (*jus cogens*)”. Tal carácter excepcional confirmaría que de la práctica del CS “no cabe inferir ninguna prohibición general de las declaraciones unilaterales de independencia”. Si bien es cierto que en el caso de Chipre la DUI es consecuencia de la ocupación militar del territorio⁸⁶, en el de la autoproclamada República de Sprska, la Resolución 787 (1992) deja algunas dudas sobre la cuestión, puesto que manifestaba su profunda preocupación “por las amenazas a la integridad territorial de la República de Bosnia y Herzegovina, que, como Estado Miembro de las Naciones Unidas, disfruta de los derechos enunciados en la Carta de las Naciones Unidas”, y afirmaba “que no se aceptará ninguna entidad declarada unilateralmente ni arreglos impuestos con violación de esa integridad”⁸⁷. Pese al contexto de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y de graves violaciones del derecho humanitario internacional, la resolución no justifica expresamente su rechazo de la DUI con base en ellas, sino en la “integridad territorial de un Estado Miembro de las Naciones Unidas”, lo que, *mutatis mutandis*, se puede predicar igualmente de Kosovo. Probablemente esta es la razón por la que la CIJ evita mencionar siquiera la intervención de la OTAN, sobre cuya ilegalidad hay pocas dudas, ya que, como queda dicho, previamente había afirmado al referirse a los casos de Sprska

⁸⁴ Así, por ejemplo, véanse por ejemplo las E.E. de Libia (ap. 3.1), Rumania (en especial, ap. 62, 97-98 y 109), China (p. 5), Chipre (pp. 32-45), Eslovaquia (párr. 26), España (a lo largo de toda su exposición, pero en especial pp. 20-43).

⁸⁵ En este mismo sentido, véanse O.E. de Estados Unidos, pp. 9 y ss. En sentido contrario, véase E. E. de España, párrs. 3 y 4.

⁸⁶ La Resolución 541 (1983) del CS, aprobada el 18 de noviembre de 1983 señala lo siguiente: “1. *Deplora* la declaración de las autoridades turcochipriotas de la pretendida secesión de parte de la República de Chipre; 2. *Considera* que la citada declaración carece de validez jurídica e insta a que sea retirada. 6. *Exhorta* a todos los Estados a que respeten la soberanía, la independencia, la integridad territorial y el carácter no alineado de la República de Chipre”.

⁸⁷ La Resolución 787 (1992) fue aprobada el 16 de noviembre de 1992

y Chipre que la ilegalidad de las DUI provenía del hecho de ir o haber ido “acompañadas de un uso ilícito de la fuerza o de otras infracciones graves de las normas del Derecho internacional general”.

Al margen de las dudas que pueda plantear este último caso, en una primera aproximación al caso de Kosovo, puede afirmarse que la DUI violó la integridad territorial de Serbia, por haber sido efectuada por la Asamblea General de Kosovo, un actor internacional ya que fue creado en virtud de una Resolución del CS, puesto que su objeto era abiertamente la secesión. Sin embargo, esta afirmación debe matizarse por el contexto en que se produce, y no me refiero sólo a la fecha crítica en que se produce la DUI, sino al contexto más general del conflicto que enfrenta a la población albanokosovar con Serbia desde el momento en que se produjo la derogación de la autonomía, ya que, como veremos a continuación, en mi opinión, tal contexto podría avalar la legalidad de la secesión en aplicación de la Resolución 2625 (XXV) de la AG.

En sus intervenciones ante la Corte fueron muchos los Estados que se refirieron expresamente a la denominada cláusula de salvaguardia de la Resolución 2625 (XXV), que señala lo siguiente:

“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*” (cursiva añadida).

En mi opinión, el contexto de graves violaciones de derechos humanos y discriminaciones contra la población albanokosovar en que se estableció la administración internacional, y de la que deriva la DUI, puede justificar la aplicabilidad de esta cláusula. Es más, lleva razón Serbia cuando dice que, en tal caso, más que de un caso *sui generis*, habría que hablar de una categoría jurídica (aunque niega su aplicabilidad al caso), de forma que bien podría ser un precedente, aplicable a casos similares⁸⁸. Si la Corte hubiera basado su decisión en la aplicación de la cláusula de salvaguardia no sería necesario insistir en el carácter excepcional del caso kosovar, puesto que la cláusula es en sí la excepción a la regla⁸⁹. En efecto, tanta referencia a las particularidades del caso kosovar no habrían podido impedir que, si la Corte hubiera afirmado, como debía, que el Derecho internacional sólo avala el derecho de secesión en una situación extrema de violaciones masivas de derechos humanos, como era la de Kosovo en el momento en que se aprobó la resolución 1244 (1999), el caso se hubiera convertido en un precedente, lo que, en mi opinión, habría supuesto, además, un gran avance para el Derecho internacional⁹⁰, puesto que la Corte habría contribuido de esta forma a esclarecer el alcance del derecho de autodeterminación de los pueblos fuera del contexto colonial.

⁸⁸ E. E. de Serbia, párr. 131.

⁸⁹ CHRISTAKIS, T., *op. cit.*, nota 63, pp. 73–86.

⁹⁰ En sentido similar se pronuncia HANNUM, H., *op. cit.*, nota 33, p. 159.

Pero vayamos por partes. Como queda dicho, en sus alegaciones ante la Corte fueron mayoría los Estados, incluida la representación de Kosovo, que hicieron alusión directa al contenido actual del derecho de autodeterminación, y, en particular, a su aplicabilidad al caso. Aunque sólo fuera por eso, no parece razonable que la Corte pasara de puntillas ante una cuestión que, a nadie se le oculta, es clave en el Derecho internacional contemporáneo, y más en el caso que nos ocupa⁹¹. Dado que las características de este estudio no permiten abordar con detenimiento esta cuestión, voy a hacerlo muy brevemente. Aunque algunos autores mantienen que el derecho a la libre determinación de los pueblos experimentó una evolución a partir del conflicto yugoslavo, para comenzar a aplicarse fuera del contexto de la descolonización⁹², en mi opinión, este derecho no ha evolucionado prácticamente desde finales de los años setenta. Las referencias a este derecho en los procesos de desmembramiento de Estados que se produjeron en la última década del siglo XX pretendían en realidad justificar el carácter democrático de los nuevos Estados; se trata simple y llanamente de un fenómeno de sucesión *de Estados* que nada tiene que ver con la institución que crearon las Naciones Unidas para llevar a cabo la descolonización. En este sentido, la propia representación de Kosovo reconoció que el Derecho internacional no reconoce el derecho de crear un Estado en el interior de uno ya existente, y habló con propiedad de "secesión", al apuntar la posibilidad de que se le aplicara la cláusula de salvaguardia⁹³.

Ciertamente no existen precedentes en la práctica internacional, pero cada día es más aceptada la posibilidad de que se aplique la mencionada cláusula de salvaguardia o "cláusula democrática"⁹⁴ a los casos en que se impide a un pueblo que forma parte de un Estado ejercer el derecho de autodeterminación interno, discriminando y violando gravemente los derechos humanos, como era, al menos en los años noventa del siglo XX, el caso de Kosovo. En la doctrina internacionalista cada día es más aceptada esta posibilidad. Autores como Antonio Cassese⁹⁵, Christian Tomuschat⁹⁶, Malcolm Shaw⁹⁷ o James Crawford⁹⁸ se han pronunciado abiertamente en este sentido⁹⁹. En sus

⁹¹ En este sentido, véase la Declaración del Juez SIMMA, párrs. 5-17; en especial, párr. 7.

⁹² Entre otros muchos, véase RYNGAERT, C., y SOBRIE, S., "Recognition of States: International Law or Realpolitik? The Practice of Recognition in the Wake of Kosovo, South Ossetia, and Abkhazia", *LJIL*, 24 (2011), p. 485.

⁹³ Véase la contribución escrita adicional de la República de Kosovo, de 17 de julio de 2009, párrs. 4.36 a 4.39.

⁹⁴ Concepción Escobar prefiere la expresión "cláusula democrática" (ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, nota 44, p. 19).

⁹⁵ CASSESE, A., *Self-determination of peoples. A legal reappraisal*, Cambridge University Press, 1995, pp. 108-125.

⁹⁶ "Lorsque le citoyen individuel est considéré comme un simple objet, le droit international doit autoriser les membres d'une communauté souffrant d'une discrimination structurelle –assimilable à un préjudice grave affectant leurs vies– d'essayer de faire sécession en tant que mesure de dernier recours après que toutes les autres méthodes employées pour amener un changement ont échoué" (TOMUSCHAT, Chr., "Secession and self-determination", en Kohen, M. G., *Secession: International Law Perspectives*, 2006, p. 41).

⁹⁷ En opinión de Malcolm Shaw, hay una sola excepción a la regla general de que la libre determinación *exterior* se reconoce sólo a los pueblos sometidos a dominación colonial, extranjera o racista: cuando el grupo en cuestión es objeto de una persecución extrema e incesante, asociada a una ausencia de perspectivas razonables de cambio (SHAW, M., *International Law*, 6ª ed., 2008, p. 523).

intervenciones ante la Corte muchos Estados se refirieron expresamente a la mencionada cláusula, siempre con la discreción propia de quien posee la condición de Estado, aunque con los planteamientos más dispares. Un primer grupo de Estados defendió abiertamente su aplicabilidad al caso de Kosovo (Albania, Alemania, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Holanda, Irlanda, Polonia y Suiza¹⁰⁰), aunque algunos de ellos lo condicionaron al cumplimiento de dos requisitos previos: una negación profunda y duradera de la autodeterminación interna, y que la secesión fuera la *ultima ratio* (Alemania, Estonia, Holanda e Irlanda)¹⁰¹. Otros la insinuaron, para negar la necesidad de aplicarlo al caso de Kosovo (Reino Unido)¹⁰². Finalmente, otro numeroso grupo de Estados la rechazaron expresamente; en unos casos para, pese a admitir su posibilidad en general, rechazarla en el caso de Kosovo, porque las violaciones de derechos humanos contra la población habrían cesado en 1999 y no serían suficientes para justificar el desmembramiento de un Estado en la actualidad (Chipre¹⁰³, Bolivia¹⁰⁴, Eslovaquia¹⁰⁵ o Rumanía¹⁰⁶, frente a la posición de los representantes de Kosovo que negaron que la situación hubiera mejorado desde entonces¹⁰⁷), y aceptarla sólo en casos extremos (la Federación Rusa entiende que tal caso extremo lo constituiría únicamente un ataque armado llevado a cabo por el Estado primario poniendo en peligro la

⁹⁸ James Crawford admite esta excepción «quand un Etat ne respecte pas le principe d'égalité des droits et à l'autodétermination des peuples; par exemple dans le cas où, à un groupement des peuples à l'intérieur d'un Etat, son rôle dans son gouvernement, lui est dénié, en totalité, soit par l'intermède de leur institutions, soit par l'intermède des institutions de cet Etat» (CRAWFORD, J., *La création des états dans le droit international*, 2^a ed., Clarendon Press, Oxford, 2006, p.119).

⁹⁹ A veces teorizar sobre una institución tan antigua produce ciertos “desajustes”, que se reflejan, por ejemplo, en la opinión de algunos autores cuando se refieren, por un lado, al derecho de la libre determinación de los pueblos como tal -aplicación de la cláusula de salvaguardia-, y, por otra, a la «secesión como remedio» de tales discriminaciones y violaciones («remedial secession», «secesión remède», “sécession à titre de recours”), como si de instituciones diferentes se tratara, cuando en realidad son una misma cosa. De hecho, los Estados utilizan en sus intervenciones ante la Corte estas expresiones indistintamente.

¹⁰⁰ E. E. de Albania (párr. 81), Dinamarca, (pp. 12-13), Eslovenia, pp. 2-3, Finlandia, párr. 12, Holanda (párrs. 3.10, 3.17 y 3.21), Irlanda (párrs. 27-34), Letonia (pp. 1-2), Polonia (apart. 6.1-6.10), Suiza (párrs. 67-68 y conclusión d, p. 27).

¹⁰¹ E.E. de Alemania (párrs. 34-35), Estonia, pp. 12-13, Holanda, párr. 3.12, e Irlanda (párrs. 27-34).

¹⁰² «Le droit international favorise l'intégrité territoriale des Etats. En dehors du contexte de l'autodétermination, qui se limite normalement aux situations d'ordre colonial ou à celles impliquant une occupation étrangère, il ne confère aucun «droit à faire sécession». Mais, en général, il n'interdit pas non plus la sécession ou la séparation, ni ne garantit l'unité des Etats prédécesseurs face à des mouvements internes entraînant la séparation ou l'indépendance avec l'aide des peuples concernés (E.E. del Reino Unido, p. 64).

¹⁰³ E. E. de Chipre, párrs. 134-147.

¹⁰⁴ Observaciones escritas de Bolivia, en especial, párr. 12-25.

¹⁰⁵ «Faire remonter le droit de changer le statut du Kosovo aux faits survenus en 1999 n'est pas conforme au droit. Aucune autorité n'étaye une règle de droit autorisant la «répression» des Etats, particulièrement par un fait tel qu'une perte de territoire, pour violations du droit» (E.E. de Eslovaquia, párr. 28).

¹⁰⁶ E. E. de Rumanía, párr. 156.

¹⁰⁷ Contribución escrita adicional de la República de Kosovo, párr. 4.51.

existencia misma del pueblo en cuestión¹⁰⁸); en otros la negaron en cualquier circunstancia (es el caso de nuestro país, Irán o Serbia¹⁰⁹).

En mi opinión, el único obstáculo para poder afirmar que el caso de Kosovo responde a la previsión de la cláusula de salvaguardia es la fecha crítica en que se llevó a cabo la DUI, pues como queda dicho, son muchos los Estados, y un sector importante de la doctrina los que consideran que ésta se produjo contra un régimen democrático, como era el que en 2008 regía en Serbia¹¹⁰. El Tribunal Supremo de Canadá se había referido a esta cláusula en un dictamen al que se refieren tanto los Estados como la Corte (“when a people is blocked from the meaningful exercise of its right to self-determination internally, it is entitled, as a last resort, to exercise it by secession (...) while it remains unclear whether this (..) proposition actually reflects an established international law standard”¹¹¹), para negar su aplicabilidad en el caso de Quebec, pues “Canada is a sovereign and independent state conducting itself in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction”¹¹².

Pese a la oposición de los representantes de Kosovo, todo parece indicar que, efectivamente, en el momento en que se produjo la DUI podrían predicarse estas mismas características de Serbia. Pero Canadá es un Estado de larga tradición democrática, lo que no se puede predicar ni de la antigua Yugoslavia ni de la corta vida de Serbia. No son realidades equiparables: el transcurso de una década desde tales barbaries no constituye una garantía suficiente de que Serbia sea un Estado de Derecho consolidado. Las razones apuntadas por el Enviado especial, Sr. Ahtisaari, para proponer la independencia del territorio como única posibilidad viable apuntan en esta misma dirección: todo parece indicar que las heridas están abiertas, que lo seguirán estando durante varias generaciones, y que la convivencia pacífica es una quimera. Por ello, pese al silencio de la CIJ, en mi opinión a Kosovo le corresponde el ejercicio del derecho de autodeterminación, en aplicación de la cláusula de salvaguardia o “cláusula democrática”. En este sentido, el Juez Yussuf afirmó que, aunque “seguramente” no existe un derecho positivo de autodeterminación fuera del contexto colonial, esto no significa que el Derecho internacional permanezca impasible ante reclamaciones de grupos a los que el Estado no sólo les deniega el derecho de autodeterminación interno, sino que les somete a discriminación, persecución y graves violaciones de derechos humanos. En tales excepcionales circunstancias, y una vez agotadas todas las posibilidades de ejercer el derecho de autodeterminación interno¹¹³, en opinión de este juez, es aplicable la cláusula de salvaguardia de la Resolución 2625 (XXV), y es

¹⁰⁸ E. E. de la Federación Rusa, párr. 88 y párr. 100.

¹⁰⁹ E. E. de España, párr. 8. Irán afirma “l’inviolabilité du principe de l’intégrité territoriale même en cas de violations graves des droits de l’homme et du droit humanitaire” (E.E. de Irán, p. 10). En el mismo sentido, E.E. de Serbia, párr. 589 y E. E. de Serbia, p. 152 y s.

¹¹⁰ Entre nosotros, véase MANGAS MARTÍN, A., *op. cit.*, nota 72, p. 109.

¹¹¹ Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, párrs. 134-135.

¹¹² *Ibid.*, párr. 136.

¹¹³ Opinión separada del juez YUSUF, párr. 16).

aplicable igualmente al caso de Kosovo, dadas sus circunstancias concretas (derogación de su autonomía, políticas de limpieza étnica, crímenes contra la humanidad...) ¹¹⁴.

3. Legalidad del reconocimiento de Kosovo como Estado.

Tradicionalmente se ha venido aceptando de forma más o menos pacífica que, pese a ser de carácter discrecional, la institución del reconocimiento de Estados tiene un marco normativo relativamente concreto que atiende a los clásicos criterios fácticos establecidos por el art. 1 de la Convención de Montevideo sobre los Derechos y Deberes de los Estados de 1933 (una población permanente, un territorio determinado, un Gobierno y capacidad de entrar en relación con los demás Estados). Con la disolución de Yugoslavia y la caótica sucesión de reconocimientos de los nuevos Estados se trataron de introducir, como señalan Cedric Ryngaert y Sven Sobrie, una serie de “reglas morales” –más bien nosotros diríamos “criterios de legitimidad”, vinculados al Estado de derecho, la democracia y el respeto de los derechos humanos- que deberían tenerse en cuenta a la hora de que un Estado otorgue su reconocimiento a una determinada entidad ¹¹⁵. Como estos autores proponen de una forma algo inocente, si se quiere evitar que esta institución se convierta en un elemento desestabilizador en las relaciones internacionales es necesario un nuevo marco normativo en la materia que integre tanto los tradicionales criterios fácticos como los mencionados criterios morales. Quizás lo que ha llamado la atención de estos autores son los casos de reconocimiento más recientes y sonados, como los de Abjazia, Osetia del Sur o Kosovo, pero basta echar un ojo a la lista de reconocimientos, “des-reconocimientos” y “nuevos reconocimientos” efectuados por algunos de los más de ochenta Estados que en algún momento han dado su reconocimiento a la República Árabe Saharaui Democrática (RASD) desde su proclamación en 1976 para comprobar que es una institución que, desde su propia creación atiende casi exclusivamente a criterios de oportunidad política y que difícilmente dejará de serlo ¹¹⁶. Pero este último caso tiene una segunda lectura: ningún Estado, ni siquiera su principal valedor, Francia, ha reconocido la anexión marroquí del territorio, porque es consciente de que violaría el Derecho internacional, al violar una norma de derecho imperativo, como es el de la libre determinación de los pueblos. El límite a la discrecionalidad de los Estados en el reconocimiento está precisamente, como señala la Corte, en el origen de la situación de hecho en que se encuentra la entidad objeto del mismo; es decir, que no sea consecuencia de la violación de una norma de derecho imperativo.

La Corte eludió pronunciarse sobre esta cuestión pese a que numerosos Estados hicieron referencia al hecho del reconocimiento de Kosovo, bien para reivindicar su legalidad como autores de los mismos, bien para denunciar que constituyen una violación del Derecho internacional, en la medida en que el principio de integridad territorial de los Estados o/y el de la prohibición de injerencia en los asuntos internos de los Estados

¹¹⁴ *Ibid.*, párrs. 11-13).

¹¹⁵ RYNGAERT, C. y SOBRIE, S., *op. cit.*, nota 92, p. 477 y s.

¹¹⁶ A modo de ejemplo, Sudáfrica, que es en la actualidad uno de los principales valedores de la RASD en el mundo, le dio su reconocimiento en los años ochenta, se lo “retiró” en 1997, para volvérselo a dar en 2004.

implícitamente lo prohibiría¹¹⁷. En opinión de estos últimos, dado que Kosovo no cumplía con los requisitos de estatalidad exigidos por el Derecho internacional (entre otras razones, cabe recordar que ni siquiera la MINUK controlaba el norte de Kosovo en 2008), el reconocimiento de Kosovo fue “premature”, y por ello, los Estados que le dieron su reconocimiento incurrieron en una injerencia ilegal en los asuntos internos de Serbia¹¹⁸.

Por su parte, Serbia pidió a la Corte que se pronunciara al respecto pese a reconocer que la solicitud de Opinión consultiva no lo hacía, ya que «la question de la reconnaissance est importante dans la mesure où toute reconnaissance, quelle qu'elle soit, ne peut en tant que telle influer sur le caractère illicite de la DUI»¹¹⁹. En realidad el planteamiento de Serbia no era tanto un ataque contra los Estados que habían dado ya su reconocimiento a Kosovo, como una defensa ante el peligro que intuía de que los reconocimientos pudieran constituir a los ojos de la Corte una prueba de la efectividad de un nuevo Estado¹²⁰. De hecho, la insistencia en la argumentación serbia en destacar el limitado número de reconocimientos efectuados hasta el momento en que llega la solicitud de dictamen a la Corte o el hecho de que la ONU no hubiera admitido a Kosovo como nuevo Estado, constituyen, en mi opinión, una torpeza, ya que –el tiempo lo dirá– este argumento puede volverse fácilmente en su contra¹²¹. En todo caso, como ha señalado Jure Vidmar, la opinión consultiva parece negar implícitamente la ilegalidad de los reconocimientos efectuados¹²².

Si dejamos a un lado los casos de reconocimiento de entidades surgidas como consecuencia de una violación de una norma de *ius cogens*, la práctica muestra con elocuencia que el reconocimiento de un Estado depende de forma casi exclusiva de factores de oportunidad política, con independencia de lo prematuro que pueda ser, y que juega muchas veces -y mucho nos tememos que en el caso de Kosovo será determinante- un papel clave a la hora de la consolidación de una entidad como Estado. Es cada Estado quien, al decidir otorgar o no su reconocimiento a una entidad, valora si en ese momento la misma cumple los requisitos exigidos por el ordenamiento internacional. Si nos atenemos al hecho de que, a diferencia de lo que ocurría en el ámbito de la descolonización, en los que el reconocimiento ha jugado ese papel de apoyar el paso de la dependencia colonial a la condición estatal, en este caso nos encontramos ante el reconocimiento como Estado de un territorio que forma parte de la

¹¹⁷ Véase, por ejemplo, E.E. de Venezuela, p. 2. En opinión de Holanda la DUI no violó la integridad territorial de Serbia, porque este principio “no es una norma imperativa de Derecho internacional (...) El Derecho internacional autoriza a los Estados a derogar el principio de integridad territorial” puesto que pueden, si lo acuerdan, modificar las fronteras (E. E. de Holanda, párr. 3.11). El problema de este razonamiento radica en que Kosovo no es un Estado y que Serbia nunca ha pretendido negociar la modificación de sus fronteras.

¹¹⁸ CASADO RAIGÓN, R., *Derecho Internacional. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 107.

¹¹⁹ E. E. de Serbia, párr. 501.

¹²⁰ «La reconnaissance de la ‘République du Kosovo’ par une minorité d’États ne peut pas remédier rétroactivement à l’illicéité de la DUI, qui doit être déterminée eu égard au droit applicable au moment où cette déclaration a été adoptée» (O.E. de Serbia, párr. 529).

¹²¹ E.E. de Serbia, párr. 1008.

¹²² VIDMAR, J., “The Kosovo Advisory Opinion Scrutinized”, *LJIL*, 24, 2011, pp. 368 y ss.

integridad territorial de otro, es decir, que estamos hablando de un caso de secesión, se podría concluir con Romualdo Bermejo y Cesáreo Gutiérrez Espada que “probablemente” tales reconocimientos deben ser considerados contrarios al Derecho Internacional¹²³.

Por otra parte, y aunque ninguno de los Estados que le han otorgado su reconocimiento han basado expresamente el mismo en la aplicación de la cláusula de salvaguardia, la argumentación que han utilizado (violaciones masivas de los derechos humanos, políticas de represión y limpieza étnica) constituye la razón misma de ser de la mencionada cláusula. El temor a posibles utilizaciones de esta cláusula para justificar procesos similares en otros territorios ha llevado a estos Estados a realizar el reconocimiento insistiendo en su excepcionalidad, en su carácter *sui generis*, en el hecho de que “no constituye un precedente”. En ningún pasaje del dictamen se admite tal carácter, lo que, además, no es necesario para la Corte, ya que precisamente lo que pretende es eludir pronunciarse sobre el tema. En mi opinión, la independencia de Kosovo es una forma de ejercicio del derecho de autodeterminación, un caso de *remedial secession*, en aplicación de la cláusula de salvaguardia de la Resolución 2625 (XXV), pues se dan los elementos que exige la misma. Esta forma de ejercicio de la libre determinación es en sí misma tan excepcional que hacer una referencia expresa a la misma en el momento del reconocimiento hubiera ahorrado a los Estados hacer equilibrios imposibles para justificar su conformidad con el Derecho internacional.

En resumen, en relación no sólo con el caso kosovar, sino con las DUI de territorios como Abjasia y Osetia del Sur (Georgia), Transdnistria (Moldavia) y Nagorno-Karabaj (Azerbaiján), piezas importantes en el puzzle de la política exterior (¿o interior?) rusa, y pese a que, como apunta Christakis, “el Derecho internacional ofrece un cuadro de referencia que tiene la vocación de limitar el factor político”¹²⁴, la fragilidad del Derecho internacional en este ámbito no permite afirmar más que tíbiamente que tales DUI son “difícilmente justificables”, y que en este contexto, “algunos reconocimientos *prematurados* son altamente problemáticos”¹²⁵.

V. CONCLUSIONES

El dictamen de la Corte ha constituido una enorme decepción para quienes, sin duda pecando de ingenuidad, esperábamos que se pronunciara sobre cuestiones claves del

¹²³ BERMEJO GARCÍA, R y GUTIÉRREZ ESPADA, C., “Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre la declaración de independencia, su constitución y otras reflexiones”, *Real Instituto Elcano*, Documento de Trabajo nº 41/2008, p. 18 y ss. Esta fue la posición defendida por algunos Estados (por ejemplo, véase la de Argentina, en su exposición escrita, párr. 121 y 122).

¹²⁴ CHRISTAKIS, *Le Droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Paris, La Documentation Française, 1999, p. 261.

¹²⁵ CORTEN, O., *op. cit.*, nota 57, pp. 723 y ss. Ver sobre esta cuestión la posición de Alemania ante los reconocimientos rusos de estas dos secesiones, que considera ilegales (Exposición escrita de Alemania, de 15 de abril de 2009, p. 21) y la Déclaration relative à la Géorgie des Ministres des Affaires Étrangères de l'Allemagne, du Canada, des États-Unis, de la France, de l'Italie, du Japon et du Royaume-Uni de 27 août 2008, que figura como anexo 10 a la mencionada exposición escrita.

Derecho internacional, como son la libre determinación de los pueblos, la integridad territorial de los Estados y la legalidad de los reconocimientos de Estados. De las exposiciones de los Estados participantes y de los temores que se apuntan en ellas se deduce claramente que estaba en la mente de todos ellos la posibilidad de que la Corte abordara estas cuestiones, conectadas directamente con el caso de Kosovo. Pero ésta prefirió abordar la pregunta de la AG desde una perspectiva más propia de la diplomacia que de su función judicial¹²⁶, recurriendo para ello a una rocambolesca argumentación, que poco o nada tiene de jurídica.

Desde una primera lectura del dictamen se tiene la sensación de que la Corte tiene claro lo que pretende -no entrar en temas espinosos y concluir que la DUI no violó el Derecho internacional- y que, a partir de ahí, construye un discurso para conseguir ese objetivo. Para ello realiza una interpretación “peculiar” de la pregunta de la AG: si ésta hubiera querido que la Corte se pronunciara sobre esos temas tan delicados, lo habría dicho; por lo tanto, sólo debe decidir sobre la conformidad de la DUI con el Derecho internacional. Partiendo de esa premisa hubiera debido pronunciarse sobre tal conformidad teniendo en cuenta que la DUI fue realizada por la Asamblea General de Kosovo, tal y como establecía la solicitud del dictamen. Pero como eso le hubiera llevado a afirmar que la DUI no era acorde con el Derecho internacional, dado que la mencionada Asamblea es una institución creada en el ámbito de la administración internacional del territorio, en un alarde de incoherencia, decide que, aunque la AG no planteara la cuestión, la Corte sí debía pronunciarse sobre la autoría. Utilizando argumentos sobre los que ella misma parece dudar, decide que la DUI no fue proclamada por la Asamblea General de Kosovo, para llegar a una conclusión demasiado obvia: el Derecho internacional no prohíbe que una entidad interna emita una DUI. En consecuencia, sus autores tampoco habrían violado el principio de integridad territorial.

En mi opinión, la DUI fue proclamada por la Asamblea General de Kosovo, y por ello, en una primera aproximación puede afirmarse que ésta violó el Derecho internacional, pues es contraria a la Resolución 1244 (1999), que preveía como marco para la autonomía kosovar la integridad territorial serbia. Pero esta afirmación debe ser matizada. La unanimidad entre los Estados, tanto de quienes defendían la conformidad de la DUI con el Derecho internacional como los que la rechazaban, sobre el carácter *sui generis* del caso no fue refrendada por la Corte, puesto que su intrincado discurso le evitó tener que pronunciarse sobre la cuestión. Pero detrás de esta insistencia de los Estados estaba su temor de que el caso de Kosovo pudiera convertirse en un precedente. Casi todos los Estados pusieron de relieve que era un caso “particular” dado que la DUI se produjo en un contexto de gravísimas violaciones de derechos humanos, tras un terrible conflicto bélico que tuvo su origen en las atrocidades cometidas por el régimen de Milosevic. Pero ¿convierte ese contexto a Kosovo en un caso *sui generis*? ¿no hay infinidad de conflictos, por ejemplo, en el continente africano, de los que se podría predicar exactamente lo mismo? Y, en sentido contrario, ¿podría defenderse la

¹²⁶ La Corte, mediatizada por la realidad de más de sesenta reconocimientos se conduce “más como un amigable componedor que como un tribunal de justicia” (JIMENEZ PIERNAS, C., *op. cit.* nota 70, p. 49).

existencia de tal contexto en territorios de Estados de Derecho miembros de la Unión Europea, donde últimamente florecen reivindicaciones secesionistas?

Éste es el aspecto más importante del conflicto kosovar, pero que, lamentablemente, la Corte decidió obviar. La recurrente referencia de los Estados al dictamen del Tribunal Supremo de Canadá sobre Quebec que, sin quererlo, se ha convertido en protagonista de la opinión consultiva, se centraba casi siempre en la cláusula de salvaguardia de la Resolución 2625 (XXVV) que, como ha defendido un importante sector de la doctrina, ampararía el derecho de autodeterminación externo fuera del contexto colonial cuando a un pueblo se le impide ejercer el derecho de autodeterminación interno y se violan gravemente los derechos humanos de su población. En mi opinión, la cláusula de salvaguardia estaba prevista precisamente para casos como éste. Que no se haya aplicado nunca, que este caso pueda ser el primero, no convierte por ello a Kosovo en un caso *sui generis*. Ciertamente es la excepción a la regla general, que establece que el derecho de autodeterminación se reconoce exclusivamente a los pueblos sometidos a dominación colonial o extranjera, pero está expresamente contemplada en la Resolución 2625 (XXV) como cláusula de salvaguardia, “secesión como remedio” o como se le quiera denominar. De acuerdo con ella, en éste y en otros casos en los que el Estado impida el ejercicio del derecho de autodeterminación interno, se abre la vía del derecho de autodeterminación externo. Es eso lo que decía el Tribunal canadiense, descartándolo para Quebec, porque no se daban tales circunstancias; pero en el de Kosovo es evidente que sí se dan. La única duda que puede quedar es la del momento en que se realiza la DUI, casi diez años después de la aprobación de la Resolución 1244 (1999), fecha en la que cabe considerar a Serbia un Estado de Derecho. Sin embargo, el origen del conflicto, la aprobación de la mencionada resolución y el establecimiento de una administración internacional en el territorio fueron consecuencia directa de las graves violaciones de derechos humanos llevadas a cabo contra la población albanokosovar. Si algo las detuvo fue la ilegal intervención de la OTAN, y de no haberse producido ésta no es fácil saber cómo se encontraría Kosovo en 2008 de seguir bajo la administración de Serbia.

La Corte debió decir claramente que esta cláusula era de aplicación en Kosovo, y que, por esa razón, la DUI no violó el Derecho internacional; que no se trata de un caso *sui generis*, y que –por qué no- constituye un aviso para navegantes, un precedente que los Estados deberán tener en cuenta si no quieren que su integridad territorial ceda ante el derecho de autodeterminación externo. Esta afirmación no abriría ninguna Caja de Pandora¹²⁷, ya que se trata de situaciones de graves violaciones de derechos humanos, algo que, al menos en el ámbito de la Unión Europea, no debería producir mayor preocupación entre Estados de Derecho¹²⁸.

El dictamen fue muy decepcionante porque no abordó de una vez por todas esta cuestión, y porque las conclusiones fueron poco menos que papel mojado: no hay nada que objetar a la obvia afirmación de que el Derecho internacional no prohíbe que un grupo de personas más o menos organizadas proclamen una DUI. Pero tampoco

¹²⁷ Tal y como mantienen, por ejemplo, RYNGAERT, C., *op. cit.*, nota 61, p. 490, y, WILSON, G, “Self-determination, recognition and the problem of Kosovo”, *NILR*, 2009, núm. LVI, p. 481.

¹²⁸ En sentido similar, véase BERMEJO GARCÍA, R y GUTIÉRREZ ESPADA, C., *op. cit.*, nota 4, p. 4.

comparto las opiniones de quienes piensan que el dictamen va a alentar las reclamaciones secesionistas aquí o allá¹²⁹, las catastrofistas predicciones del juez Koroma que considera el dictamen un “manual para grupos secesionistas”¹³⁰, y menos aún las de quienes defienden la timorata posición de la Corte porque de haber afirmado la ilegalidad del DUI hubiera inspirado a los actores serbios a promover ¡“la reconquista” de Kosovo con medios militares!¹³¹. Realmente no veo ni la utilidad ni los peligros del dictamen. Lo que es seguro es que una decisión clara en el sentido apuntado habría despejado muchas dudas y desalentado posibles reclamaciones secesionistas.

La inutilidad de la Opinión consultiva tiene un claro reflejo en la incapacidad de la AG para, de conformidad con la misma, tomar medidas de cara a solucionar el conflicto. Así, pese a que el propio SG se lavaba las manos al señalar, cuando transmitió el dictamen a la AG, que será ésta quien “determinará cómo proceder”¹³², la Resolución 64/298, de 9 de septiembre de 2010, patrocinada conjuntamente por Serbia y los veintisiete Estados miembros de la Unión Europea, no hizo más que “reconocer” el contenido de la Opinión consultiva de la CIJ y no aportó gran cosa a la resolución del conflicto, más allá de buenas intenciones, que no tuvieron mayor recorrido, ya que la posición de las partes y tanto de los Estados que dieron su apoyo a la DUI como de los que la rechazaron, no han experimentado cambios relevantes. Al contrario, el propio SG ha destacado en varias ocasiones el incremento de la “inestabilidad y de las tensiones existentes en el norte de Kosovo a raíz de la opinión consultiva”¹³³ y su persistencia en los momentos en que se escriben estas líneas¹³⁴.

Retomando los titulares de prensa con los que iniciaba este artículo, cabe concluir que ni la Corte de La Haya avala la independencia de Kosovo ni la rechaza; que el caso de Kosovo no es, desgraciadamente, un caso excepcional, pues las situaciones de violaciones masivas de los derechos humanos son una triste constante a lo largo y ancho del mundo en que vivimos; y que, efectivamente, la Corte ha desperdiciado una excelente ocasión para establecer de forma clara, de una vez por todas, el alcance de dos de los principios sobre los que se erige el Derecho internacional contemporáneo: la libre determinación de los pueblos y la integridad territorial de los Estados. Habrá que esperar a una nueva ocasión, aunque no es fácil que se le vuelva a presentar a una oportunidad como ésta, ni, en tal caso, hay demasiados motivos para pensar que la Corte vaya a salir del ostracismo a la que ella misma se ha condenado.

¹²⁹ Véanse en este sentido GUTIÉRREZ ESPADA, C. y BERMEJO GARCÍA, R., *op. cit.*, nota 4, p. 11, y FALK, R., *op. cit.*, nota 62, p. 50.

¹³⁰ Opinión disidente del juez KOROMA, párr. 4.

¹³¹ PETERS, A., “Does Kosovo Lie in the Lotus-Land of Freedom?”, *LJIL*, 24, 2011, p. 108.

¹³² Informe del SG de 29 de julio de 2010, S/2010/401, párr. 55.

¹³³ Informe del SG de 29 de octubre de 2010, S/2010/562, párr. 59.

¹³⁴ Véase por ejemplo, Informe del SG de 3 de agosto de 2012, S/2012/603.