



Asamblea General

Distr. general
13 de enero de 2011
Español
Original: francés e inglés

Sexagésimo cuarto período de sesiones

Tema 77 del programa

Solicitud de una opinión consultiva de la Corte

Internacional de Justicia respecto de si la declaración unilateral de independencia de Kosovo se ajusta al derecho internacional

Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo

Nota del Secretario General

Adición

1. En la 22ª sesión plenaria de su sexagésimo tercer período de sesiones, celebrada el 8 de octubre de 2008, la Asamblea General, por resolución 63/3, de conformidad con el Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, decidió solicitar a la Corte Internacional de Justicia, con arreglo al artículo 65 de su estatuto, que emitiera una opinión consultiva sobre la pregunta siguiente:

“¿Se ajusta al derecho internacional la declaración unilateral de independencia de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo?”

2. El 22 de julio de 2010, la Corte Internacional de Justicia emitió su opinión consultiva sobre la pregunta formulada.

3. El 26 de julio de 2010 recibí la copia debidamente firmada y sellada de esa opinión consultiva de la Corte.

4. El 26 de julio de 2010 transmití a la Asamblea General la opinión consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia el 22 de julio de 2010 titulada *Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo* (véase A/64/881).

5. Por la presente transmito a la Asamblea General las opiniones individuales, las opiniones separadas y las declaraciones adjuntas a esa opinión consultiva.



Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Cronología del procedimiento	1–16	6
I. Competencia y discrecionalidad	17–48	12
A. Competencia	18–28	13
B. Discrecionalidad	29–48	15
II. Alcance y significado de la cuestión	49–56	21
III. Antecedentes de hecho	57–77	24
A. La resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y los reglamentos pertinentes de la UNMIK	58–63	24
B. Los acontecimientos pertinentes en el proceso relativo al estatuto definitivo anteriores al 17 de febrero de 2008	64–73	27
C. Los acontecimientos ocurridos el 17 de febrero de 2008 y después de esa fecha	74–77	30
IV. La cuestión de si la declaración de independencia se ajusta al derecho internacional	78–121	32
A. El derecho internacional general	79–84	32
B. La resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y el Marco Constitucional de la UNMIK creado con arreglo a ella	85–121	34
1. Interpretación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad	94–100	37
2. La cuestión de si la declaración de independencia se ajusta a la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y las medidas adoptadas con arreglo a dicha resolución	101–121	39
<i>a) La identidad de los autores de la declaración de independencia</i>	<i>102–109</i>	<i>39</i>
<i>b) La cuestión de si los autores de la declaración de independencia actuaron en violación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad o las medidas adoptadas con arreglo a dicha resolución</i>	<i>110–121</i>	<i>42</i>
V. Conclusión general	122	46
Cláusula dispositiva	123	46

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

AÑO 2010

2010
22 de julio
Lista general
Núm. 141

22 de julio de 2010

**CONFORMIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA
DECLARACIÓN UNILATERAL DE INDEPENDENCIA CON RESPECTO
A KOSOVO**

Competencia de la Corte para emitir la opinión consultiva solicitada.

Artículo 65, párrafo 1, del Estatuto – Artículo 96, párrafo 1, de la Carta – Facultad de la Asamblea General para solicitar opiniones consultivas – Artículos 10 y 11 de la Carta – Argumento según el cual la Asamblea General excedió las competencias que le atribuye la Carta – Artículo 12, párrafo 1, de la Carta – La autorización para solicitar una opinión consultiva no está limitada por el Artículo 12.

Requisito de que la cuestión sobre la cual se solicita a la Corte que emita su opinión sea una “cuestión jurídica” – Argumento según el cual el acto de formular una declaración de independencia se rige por el derecho constitucional interno – La Corte puede responder a la pregunta haciendo referencia al derecho internacional sin necesidad de considerar el derecho interno – El hecho de que una cuestión tenga aspectos políticos no la priva de su carácter de cuestión jurídica – A la Corte no le incumben los motivos políticos subyacentes a una solicitud ni las consecuencias políticas que pueda tener su opinión.

La Corte tiene competencia para emitir la opinión consultiva solicitada.

* *

Discrecionalidad de la Corte para decidir si ha de emitir una opinión.

Integridad de la función judicial de la Corte – Sólo por “razones imperiosas” debería la Corte abstenerse de ejercer su función judicial – Los motivos de los distintos Estados que patrocinan una resolución por la que se solicita una opinión consultiva no son pertinentes para el ejercicio de su discrecionalidad por parte de la Corte – Incumbe al órgano solicitante evaluar la finalidad, la utilidad y las consecuencias políticas de la opinión.

Delimitación de las competencias respectivas del Consejo de Seguridad y la Asamblea General – Naturaleza de la participación del Consejo de Seguridad en relación con Kosovo – El Artículo 12 de la Carta no impide que la Asamblea General tome medidas con respecto a amenazas a la paz y la seguridad

internacionales que el Consejo de Seguridad tenga ante sí – La Asamblea General ha tomado medidas con respecto a la situación en Kosovo.

No existen razones imperiosas para que la Corte utilice su discrecionalidad para no emitir una opinión consultiva.

* *

Alcance y significado de la cuestión.

Texto de la cuestión planteada en la resolución 63/3 de la Asamblea General – Facultad de la Corte para aclarar la cuestión – No es necesario reformular la cuestión planteada por la Asamblea General – Para el adecuado ejercicio de su función judicial, la Corte debe establecer la identidad de los autores de la declaración de independencia – La Asamblea General no ha tenido la intención de limitar la libertad de la Corte para determinar esa cuestión – El cometido de la Corte es determinar si la declaración fue adoptada con violación del derecho internacional o no.

* *

Antecedentes de hecho.

Marco de la administración provisional de Kosovo establecida por el Consejo de Seguridad – La resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad – Establecimiento de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK) – Función del Representante Especial del Secretario General – Los “cuatro pilares” del régimen de la UNMIK – Marco Constitucional para el establecimiento de un gobierno autónomo provisional – Relaciones entre las instituciones provisionales de autogobierno y el Representante Especial del Secretario General.

Acontecimientos pertinentes en el proceso relativo al estatuto definitivo – Designación del Enviado Especial del Secretario General para el proceso relativo al estatuto futuro de Kosovo – Principios rectores del Grupo de Contacto – Fracaso del proceso consultivo – Propuesta integral de Acuerdo sobre el estatuto de Kosovo formulada por el Enviado Especial – Fracaso de las negociaciones sobre el estatuto futuro de Kosovo bajo los auspicios de la Troika – Celebración de elecciones de la Asamblea de Kosovo el 17 de noviembre de 2007 – Adopción de la declaración de independencia el 17 de febrero de 2008.

* *

Si la declaración de independencia se ajusta al derecho internacional.

Inexistencia de una prohibición de declaraciones de independencia de conformidad con la práctica de los Estados – Argumento según el cual la prohibición de declaraciones unilaterales de independencia está implícita en el principio de integridad territorial – El alcance del principio de integridad territorial se limita a la esfera de las relaciones entre Estados – No se puede inferir una prohibición general de la práctica del Consejo de Seguridad con respecto a las declaraciones de independencia – Las cuestiones relacionadas con la extensión del derecho a la libre determinación y la existencia de un derecho de “secesión correctiva” están fuera del alcance de la cuestión planteada por la Asamblea General.

El derecho internacional general no contiene ninguna prohibición de declaraciones de independencia que sea aplicable – La declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no violó el derecho internacional general.

La resolución 1244 del Consejo de Seguridad y el Marco Constitucional – La resolución 1244 (1999) impone obligaciones jurídicas internacionales y forma parte del derecho internacional aplicable – El Marco Constitucional posee carácter jurídico internacional – El Marco Constitucional forma parte del orden jurídico específico creado en virtud de la resolución 1244 (1999) – El Marco Constitucional regula asuntos que son objeto del derecho interno – Poderes de supervisión del Representante Especial del Secretario General – La resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y el Marco Constitucional estaban en vigor y eran aplicables el 17 de febrero de 2008 – Ninguno de ellos contiene una cláusula que prevea la terminación y ninguno de ellos ha sido derogado – El Representante Especial del Secretario General sigue ejerciendo sus funciones en Kosovo.

La resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y el Marco Constitucional forman parte del derecho internacional que debe considerarse para dar respuesta a la cuestión que la Corte tiene ante sí.

Interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad – La resolución 1244 (1999) estableció una presencia internacional civil y de seguridad en Kosovo – Suspensión temporal del ejercicio de la autoridad de Serbia derivada de la continuidad de su soberanía sobre el territorio de Kosovo – La resolución 1244 (1999) creó un régimen provisional – Objeto y fin de la resolución 1244 (1999).

Identidad de los autores de la declaración de independencia – Si la declaración de independencia fue un acto de la Asamblea de Kosovo – Los autores de la declaración no trataron de actuar dentro del marco de la autoadministración provisional de Kosovo – Los autores se comprometieron a cumplir las obligaciones internacionales de Kosovo – El texto original en albanés no contiene referencia alguna a que la declaración haya sido obra de la Asamblea de Kosovo – Silencio del Representante Especial del Secretario General – Los autores de la declaración de independencia actuaron juntos en su calidad de representantes del pueblo de Kosovo fuera del marco de la administración provisional.

Si los autores de la declaración de independencia actuaron con violación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad o no – La resolución 1244 (1999) está dirigida a los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los órganos de las Naciones Unidas – Inexistencia de obligaciones específicas dirigidas a otros actores – La resolución no contenía disposición alguna relativa al estatuto definitivo de Kosovo – El Consejo de Seguridad no reservó para sí la determinación final de la situación en Kosovo – La resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad no era un impedimento para que los autores de la declaración de 17 de febrero de 2008 formularan una declaración de independencia – La declaración de independencia no violó la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad.

La declaración de independencia no fue formulada por las instituciones provisionales de autogobierno – La declaración de independencia no violó el Marco Constitucional.

La adopción de la declaración de independencia no violó ninguna norma aplicable de derecho internacional.

OPINIÓN CONSULTIVA

Presentes: Presidente OWADA; *Vicepresidente* TOMKA; *magistrados* KOROMA, AL-KHASAWNEH, BUERGENTHAL, SIMMA, ABRAHAM, KEITH, SEPÚLVEDA-AMOR, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CANÇADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD; *Secretario* COUVREUR.

Sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia con respecto a Kosovo,

LA CORTE,
integrada en la forma indicada,

emite la siguiente opinión consultiva:

1. La cuestión con respecto a la cual se ha solicitado la opinión consultiva de la Corte está enunciada en la resolución 63/3, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante la Asamblea General) el 8 de octubre de 2008. Por una carta de fecha 9 de octubre de 2008 y recibida en la Secretaría por facsímil el 10 de octubre de 2008, cuyo original fue recibido en la Secretaría el 15 de octubre de 2008, el Secretario General de las Naciones Unidas comunicó oficialmente a la Corte la decisión adoptada por la Asamblea General de someterle la cuestión para que emitiera una opinión consultiva al respecto. A esa carta se adjuntaron copias certificadas conformes de los textos en francés y en inglés de la resolución. El texto de la resolución es el siguiente:

“La Asamblea General,

Teniendo presentes los propósitos y principios de las Naciones Unidas,

Teniendo en cuenta las funciones y las facultades que le confiere la Carta de las Naciones Unidas,

Recordando que el 17 de febrero de 2008 las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo declararon su independencia de Serbia,

Consciente de que este acto ha sido acogido con reacciones diversas por los Miembros de las Naciones Unidas en lo que respecta a su compatibilidad con el orden jurídico internacional vigente,

Decide, de conformidad con el Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, solicitar a la Corte Internacional de Justicia que, en cumplimiento del Artículo 65 del Estatuto de la Corte, emita 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?”.

2. Por cartas de fecha 10 de octubre de 2008, el Secretario, de conformidad con el Artículo 66, párrafo 1, del Estatuto, notificó a todos los Estados con derecho a comparecer ante la Corte la solicitud de opinión consultiva.

3. Por una providencia de fecha 17 de octubre de 2008, de conformidad con el Artículo 66, párrafo 2, del Estatuto, la Corte decidió que era probable que las Naciones Unidas y sus Estados Miembros pudiesen proporcionar información sobre la cuestión. Por la misma providencia, la Corte fijó, respectivamente, el 17 de abril de 2009 como plazo para que se le presentaran exposiciones escritas sobre la cuestión, y el 17 de julio de 2009 como plazo para que los Estados y las organizaciones que hubiesen presentado exposiciones escritas presentasen observaciones escritas sobre las demás exposiciones escritas de conformidad con el Artículo 66, párrafo 4, del Estatuto.

La Corte decidió también que, habida cuenta de que la declaración unilateral de independencia de 17 de febrero de 2008 es el objeto de la cuestión sometida a la Corte para que emita opinión consultiva, podía considerarse probable que los autores de dicha declaración pudieran proporcionar información sobre la cuestión. Por consiguiente, decidió asimismo invitarlos a formular contribuciones escritas a la Corte dentro de los mismos plazos.

4. Por cartas de fecha 20 de octubre de 2008, el Secretario informó a las Naciones Unidas y a sus Estados Miembros de las decisiones de la Corte y les transmitió una copia de la providencia. Por carta de la misma fecha, el Secretario informó a los autores de la mencionada declaración de independencia de las decisiones de la Corte y les transmitió una copia de la providencia.

5. De conformidad con el Artículo 65, párrafo 2, del Estatuto, el 30 de enero de 2009 el Secretario General de las Naciones Unidas comunicó a la Corte un expediente que contenía documentos que podían arrojar luz sobre la cuestión. Posteriormente, el expediente fue puesto en el sitio web de la Corte.

6. Dentro del plazo fijado por la Corte a tal efecto, presentaron exposiciones escritas, por orden de recepción, la República Checa, Francia, Chipre, China, Suiza, Rumanía, Albania, Austria, Egipto, Alemania, Eslovaquia, la Federación de Rusia, Finlandia, Polonia, Luxemburgo, la Jamahiriya Árabe Libia, el Reino Unido, los Estados Unidos de América, Serbia, España, la República Islámica del Irán, Estonia, Noruega, los Países Bajos, Eslovenia, Letonia, el Japón, el Brasil, Irlanda, Dinamarca, la Argentina, Azerbaiyán, las Maldivas, Sierra Leona y Bolivia. Los autores de la declaración unilateral de independencia presentaron una contribución escrita. El 21 de abril de 2009, el Secretario comunicó copias de las exposiciones escritas y de la contribución escrita a todos los Estados que habían presentado una exposición escrita, así como a los autores de la declaración unilateral de independencia.

7. El 29 de abril de 2009, la Corte decidió aceptar la exposición escrita de la República Bolivariana de Venezuela, presentada el 24 de abril de 2009, después del vencimiento del plazo pertinente. El 15 de mayo de 2009, el Secretario comunicó copias de dicha exposición escrita a todos los Estados que habían presentado una exposición escrita, así como a los autores de la declaración unilateral de independencia.

8. Por cartas de fecha 8 de junio de 2009, el Secretario informó a las Naciones Unidas y a sus Estados Miembros de que la Corte había decidido celebrar audiencias, que

comenzarían el 1 de diciembre de 2009, en las que podrían presentar exposiciones y observaciones orales, independientemente de si habían presentado o no exposiciones escritas y, en su caso, observaciones escritas. Se invitó a las Naciones Unidas y a sus Estados Miembros a que comunicaran a la Secretaría, a más tardar el 15 de septiembre de 2009, si se proponían participar en las actuaciones orales. En las cartas se indicaba asimismo que los autores de la declaración unilateral de independencia podían presentar una contribución oral.

Por carta de la misma fecha, el Secretario informó a los autores de la declaración unilateral de independencia de la decisión de la Corte de celebrar audiencias, y los invitó a que indicaran, dentro del mismo plazo, si se proponían participar en las actuaciones orales.

9. Dentro del plazo fijado por la Corte a tal efecto, presentaron observaciones escritas, por orden de recepción, Francia, Noruega, Chipre, Serbia, la Argentina, Alemania, los Países Bajos, Albania, Eslovenia, Suiza, Bolivia, el Reino Unido, los Estados Unidos de América y España. Los autores de la declaración unilateral de independencia presentaron una contribución escrita en relación con las exposiciones escritas.

10. Una vez recibidas las observaciones escritas y la contribución escrita mencionadas, el Secretario, el 24 de julio de 2009, comunicó copias de ellas a todos los Estados que habían presentado exposiciones escritas, así como a los autores de la declaración unilateral de independencia.

11. Por cartas de fecha 30 de julio de 2009, el Secretario comunicó a las Naciones Unidas y a todos los Estados Miembros que no habían participado en las actuaciones escritas, copias de todas las exposiciones escritas y las observaciones escritas, así como de las contribuciones escritas de los autores de la declaración unilateral de independencia.

12. Por cartas de fecha 29 de septiembre de 2009, la Secretaría transmitió un calendario detallado de las audiencias a quienes, dentro del plazo fijado a tal efecto por la Corte, habían expresado su intención de participar en las actuaciones mencionadas.

13. De conformidad con el artículo 106 del Reglamento de la Corte, la Corte decidió poner a disposición del público las exposiciones escritas y observaciones escritas presentadas a la Corte, así como las contribuciones escritas de los autores de la declaración unilateral de independencia, a partir de la iniciación de las actuaciones orales.

14. En el curso de las audiencias celebradas del 1 al 11 de diciembre de 2009, la Corte escuchó declaraciones orales formuladas, en el orden siguiente, por:

Por la República de Serbia:

- H.E. Sr. Dušan T. Bataković, PhD en Historia, Universidad de París-Sorbona (París IV), Embajador de la República de Serbia ante Francia, Subdirector del Instituto de Estudios Balcánicos y Profesor Asistente en la Universidad de Belgrado, Jefe de Delegación,
- Sr. Vladimir Djerić, S.J.D. (Michigan), Abogado, Mikijelj, Janković y Bogdanović, Belgrado, consejero y abogado,
- Sr. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard), Profesor de Derecho Internacional, Universidad de Potsdam, Director del Centro de Derechos Humanos de Potsdam, Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje, consejero y abogado,
- Sr. Malcolm N. Shaw Q.C., Profesor de Derecho Internacional de la cátedra Sir Robert Jennings, Universidad de Leicester, Reino Unido, consejero y abogado,
- Sr. Marcelo G. Kohen, Profesor de Derecho Internacional, Instituto de Altos Estudios Internacionales y sobre el Desarrollo, Ginebra, Miembro Asociado del Instituto de Derecho Internacional, consejero y abogado,
- Sr. Saša Obradović, Inspector General en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Jefe Adjunto de Delegación;

Por los autores de la declaración unilateral de independencia:

- Sr. Skender Hyseni, Jefe de Delegación,
- Sir Michael Wood, K.C.M.G., miembro del foro de Inglaterra, Miembro de la Comisión de Derecho Internacional, consejero,
- Sr. Daniel Müller, Investigador en el Centro de Derecho Internacional de Nanterre (CEDIN), Universidad de París Oeste, Nanterre-La Défense, consejero,
- Sr. Sean D. Murphy, Profesor Investigador de Derecho, cátedra Patricia Roberts Harris, Universidad George Washington, consejero;

Por la República de Albania:

- Excelentísimo Señor Gazmend Barbullushi, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de la República de Albania ante el Reino de los Países Bajos, asesor jurídico,
- Sr. Jochen A. Frowein, M.C.L., Director emérito del Instituto de Derecho Internacional Max Planck, Profesor emérito de la Universidad de Heidelberg, Miembro del Instituto de Derecho

	Internacional, Asesor Jurídico,
	Sr. Terry D. Gill, Profesor de Derecho Militar en la Universidad de Amsterdam y Profesor Asociado de Derecho Internacional Público en la Universidad de Utrecht, asesor jurídico;
<i>Por la República Federal de Alemania:</i>	Sra. Susanne Wasum-Rainer, Asesora Jurídica, Ministerio Federal de Relaciones Exteriores (Berlín);
<i>Por el Reino de Arabia Saudita:</i>	Excelentísimo Señor Abdullah A. Alshaghrood, Embajador del Reino de Arabia Saudita ante el Reino de los Países Bajos, Jefe de Delegación;
<i>Por la República Argentina:</i>	Excelentísima Señora Susana Ruiz Cerutti, Embajadora, Asesora Jurídica del Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, Jefa de Delegación;
<i>Por la República de Austria:</i>	Excelentísimo Señor Helmut Tichy, Embajador, Asesor Jurídico Adjunto, Ministerio Federal de Asuntos Europeos e Internacionales;
<i>Por la República de Azerbaiyán:</i>	Excelentísimo Señor Agshin Mehdiyev, Embajador y Representante Permanente de Azerbaiyán ante las Naciones Unidas;
<i>Por la República de Belarús:</i>	Excelentísima Señora Elena Gritsenko, Embajadora de la República de Belarús ante el Reino de los Países Bajos, Jefa de Delegación;
<i>Por el Estado Plurinacional de Bolivia:</i>	Excelentísimo Señor Roberto Calzadilla Sarmiento, Embajador del Estado Plurinacional de Bolivia ante el Reino de los Países Bajos;
<i>Por la República Federativa del Brasil:</i>	Excelentísimo Señor José Artur Denot Medeiros, Embajador de la República Federativa del Brasil ante el Reino de los Países Bajos;
<i>Por la República de Bulgaria:</i>	Sr. Zlatko Dimitroff, S.J.D., Director del Departamento de Derecho Internacional, Ministerio de Relaciones Exteriores, Jefe de Delegación;
<i>Por la República de Burundi:</i>	Sr. Thomas Barankitse, Agregado Jurídico, consejero, Sr. Jean d'Aspremont, Profesor Asociado, Universidad de Amsterdam, Encargado de Curso invitado, Universidad Católica de Lovaina, consejero;
<i>Por la República Popular China:</i>	Excelentísima Señora Xue Hanqin, Embajadora ante la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN), Consejera Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, Miembro

- de la Comisión de Derecho Internacional, Miembro del Instituto de Derecho Internacional, Jefe de Delegación;
- Por la República de Chipre:* Excelentísimo Señor James Droushiotis, Embajador de la República de Chipre ante el Reino de los Países Bajos,
- Sr. Vaughan Lowe Q.C., miembro del foro de Inglaterra, Profesor de Derecho Internacional, cátedra Chichele, Universidad de Oxford, consejero y abogado,
- Sr. Polyvios G. Polyviou, consejero y abogado;
- Por la República de Croacia:* Excelentísima Señora Andreja Metelko-Zgombić, Embajadora, Asesora Jurídica Principal en el Ministerio de Relaciones Exteriores e Integración Europea;
- Por el Reino de Dinamarca:* Excelentísimo Señor Thomas Winkler, Embajador, Subsecretario de Asuntos Jurídicos, Ministro de Relaciones Exteriores, Jefe de Delegación;
- Por el Reino de España:* Sra. Concepción Escobar Hernández, Asesora Jurídica, Jefa del Departamento de Derecho Internacional, Ministerio de Relaciones Exteriores y Cooperación, Jefa de Delegación y abogada;
- Por los Estados Unidos de América:* Sr. Harold Hongju Koh, Asesor Jurídico, Departamento de Estado, Jefe de Delegación y Abogado;
- Por la Federación de Rusia:* Excelentísimo Señor Kirill Gevorgian, Embajador, Jefe del Departamento Jurídico, Ministerio de Relaciones Exteriores, Jefe de Delegación;
- Por la República de Finlandia:* Sra. Päivi Kaukoranta, Directora General, Servicio Jurídico, Ministerio de Relaciones Exteriores,
- Sr. Martti Koskenniemi, Profesor en la Universidad de Helsinki;
- Por la República Francesa:* Sra. Edwige Belliard, Directora de Asuntos Jurídicos, Ministerio de Asuntos Exteriores y Europeos,
- Sr. Mathias Forteau, Profesor en la Universidad de París Oeste, Nanterre-La Défense;
- Por el Reino Hachemita de Jordania:* Su Alteza Real el Príncipe Zeid Raad Zeid Al Hussein, Embajador del Reino Hachemita de Jordania ante los Estados Unidos de América, Jefe de Delegación;

<i>Por el Reino de Noruega:</i>	Sr. Rolf Einar Fife, Director General, Departamento de Asuntos Jurídicos, Ministerio de Relaciones Exteriores, Jefe de Delegación;
<i>Por el Reino de los Países Bajos</i>	Sra. Liesbeth Lijnzaad, Asesora Jurídica, Ministerio de Relaciones Exteriores;
<i>Por Rumania:</i>	Sr. Bogdan Aurescu, Secretario de Estado, Ministerio de Relaciones Exteriores, Sr. Cosmin Dinescu, Director General de Asuntos Jurídicos, Ministerio de Relaciones Exteriores;
<i>Por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte:</i>	Sr. Daniel Bethlehem Q.C., Asesor Jurídico de la Oficina de Asuntos Exteriores y del Commonwealth, Representante del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, consejero y abogado, Sr. James Crawford, S.C., Profesor de Derecho Internacional, cátedra Whewell, Universidad de Cambridge, Miembro del Instituto de Derecho Internacional, consejero y abogado;
<i>Por la República Bolivariana de Venezuela:</i>	Sr. Alejandro Fleming, Viceministro para Europa del Ministerio del Poder Popular de Relaciones Exteriores;
<i>Por la República Socialista de Viet Nam:</i>	Excelentísima Señora Nguyen Thi Hoang Anh, Doctora en Derecho, Directora General, Departamento de Derecho Internacional y Tratados, Ministerio de Relaciones Exteriores.

15. Los miembros de la Corte formularon preguntas a los participantes en las actuaciones orales; varios de ellos respondieron por escrito, según lo solicitado, dentro del plazo fijado.

16. El magistrado Shi participó en las actuaciones orales; posteriormente renunció a la Corte a partir del 28 de mayo de 2010.

* * *

I. Competencia y discrecionalidad

17. Cuando tiene ante sí una solicitud de opinión consultiva, la Corte debe comenzar por considerar si tiene competencia para emitir la opinión solicitada y, en caso de que la respuesta sea afirmativa, si hay alguna razón por la cual la Corte, en uso de su discrecionalidad, deba declinar el ejercicio de esa competencia en el caso que tiene ante sí (*Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 232, párr. 10; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 144, párr. 13).

A. Competencia

18. Así pues, la Corte comenzará por abordar la cuestión de si posee competencia para emitir la opinión consultiva solicitada por la Asamblea General el 8 de octubre de 2008. La facultad de la Corte para emitir una opinión consultiva se basa en el Artículo 65, párrafo 1, de su Estatuto, que dispone lo siguiente:

“La Corte podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma.”

19. En su aplicación de esta disposición, la Corte ha indicado que:

“Es... requisito esencial para que la Corte tenga competencia que la opinión consultiva sea solicitada por un órgano debidamente autorizado para ello de conformidad con la Carta; que se refiera a una cuestión jurídica y que, salvo en el caso de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad, dicha cuestión surja dentro de la esfera de actividades del órgano que solicita la opinión.” (*Petición de revisión del fallo núm. 273 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1982*, págs. 333 y 334, párr. 21.)

20. Incumbe a la Corte cerciorarse de que la opinión consultiva ha sido solicitada por un órgano de las Naciones Unidas o un organismo especializado competente para formular tal solicitud. La Asamblea General está autorizada para solicitar una opinión consultiva por el Artículo 96 de la Carta, que dispone que:

“1. La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica.

2. Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades.”

21. Si bien el Artículo 96, párrafo 1, confiere a la Asamblea General competencia para solicitar una opinión consultiva “sobre cualquier cuestión jurídica”, en algunas ocasiones anteriores la Corte ha dado ciertas indicaciones acerca de la relación existente entre la cuestión que constituye el objeto de la solicitud de opinión consultiva y las actividades de la Asamblea General (*Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania, Primera fase, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1950*, pág. 70; *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1996 (I)*, págs. 232 y 233, párrs. 11 y 12; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 145, párrs. 16 y 17).

22. La Corte observa que Artículo 10 de la Carta dispone lo siguiente

“La Asamblea General podrá discutir cualesquier asuntos o cuestiones dentro de los límites de esta Carta o que se refieran a los poderes y funciones de cualquiera de los órganos creados por esta Carta, y salvo lo dispuesto en el Artículo 12 podrá hacer recomendaciones sobre tales asuntos o cuestiones a los Miembros de las Naciones Unidas o al Consejo de Seguridad o a éste y a aquéllos.”

Asimismo, el Artículo 11, párrafo 2, de la Carta otorga específicamente a la Asamblea General competencia para examinar “toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que presente a su consideración cualquier Miembro de las Naciones Unidas”, y, con sujeción una vez más a la limitación contenida en el Artículo 12, para hacer recomendaciones respecto de tales cuestiones

23. El Artículo 12, párrafo 1, de la Carta dispone lo siguiente

“Mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna esta Carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad.”

24. En el presente procedimiento, se ha sugerido que, como el Consejo de Seguridad estaba conociendo de la situación en Kosovo, el efecto del Artículo 12, párrafo 1, era que la solicitud de opinión consultiva a la Asamblea General estaba fuera de sus competencias con arreglo a la Carta y en consecuencia no estaba comprendida dentro de la autorización conferida por el Artículo 96, párrafo 1. Sin embargo, como ha dicho la Corte en una ocasión anterior, “[una] solicitud de una opinión consultiva no es en sí misma una “recomendación” de la Asamblea General ‘con respecto a [una] controversia o situación’” (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 148, párr. 25). Concordantemente, si bien el Artículo 12 puede limitar el alcance de las medidas que la Asamblea General pueda tomar después de recibir la opinión de la Corte (asunto sobre el cual no es necesario que la Corte decida en el presente contexto), en sí mismo no limita la autorización para solicitar una opinión consultiva que confiere a la Asamblea General el Artículo 96, párrafo 1. La decisión de si la delimitación de las competencias respectivas del Consejo de Seguridad y la Asamblea General — de la cual el Artículo 12 es un aspecto — debería determinar que la Corte, en las circunstancias del presente caso, se abstuviera de ejercer su competencia de emitir una opinión consultiva, es otro asunto (que la Corte considerará en los párrafos 29 a 48 *infra*).

25. Corresponde también que la Corte se cerciore de que la cuestión sobre la cual se le pide que emita su opinión es una “cuestión jurídica” en el sentido del Artículo 96 de la Carta y el Artículo 65 del Estatuto. En el presente caso, la cuestión que la Asamblea General planteó a la Corte consiste en determinar si la declaración de independencia a la que se refiere “[s]e ajusta al derecho internacional”. Una cuestión en la que se pregunta expresamente a la Corte si determinada medida es compatible con el derecho internacional o no parece ser indudablemente una cuestión jurídica; como la Corte ha observado en una ocasión anterior, las cuestiones que están “formuladas en términos jurídicos y plant[ean] problemas de derecho internacional... son por su propia naturaleza susceptibles de recibir una respuesta basada en el derecho” (*Sáhara Occidental, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1975*, pág. 18, párr. 15) y por consiguiente parecen ser cuestiones de carácter jurídico a los efectos del Artículo 96 de la Carta y el Artículo 65 del Estatuto.

26. No obstante, algunos de los participantes en el presente procedimiento han sugerido que la cuestión planteada por la Asamblea General no es, en realidad, una cuestión jurídica. De conformidad con esa posición, el derecho internacional no regula el acto de hacer una declaración de independencia, que debería considerarse un acto político; sólo el derecho constitucional interno rige el acto de hacer tal declaración, mientras que la competencia de la Corte para emitir una opinión consultiva se limita a las cuestiones de derecho internacional. Sin embargo, en el presente caso no se ha pedido a la Corte que

emita una opinión sobre si la declaración de independencia se ajusta a una norma de derecho interno, sino sólo si se ajusta al derecho internacional. La Corte puede dar respuesta a esa cuestión por referencia al derecho internacional sin necesidad de indagar nada en un sistema de derecho interno.

27. Asimismo, la Corte ha dicho reiteradamente que el hecho de que una cuestión tenga aspectos políticos no basta para privarla de su carácter de cuestión jurídica (*Petición de revisión del fallo núm. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1973*, pág. 172, párr. 14). Cualesquiera sean sus aspectos políticos, la Corte no puede negarse a responder a los elementos jurídicos de una cuestión que la invita a cumplir un cometido esencialmente judicial, a saber, en el presente caso, la apreciación de un acto por referencia al derecho internacional. La Corte también ha dejado en claro que, al determinar la cuestión de competencia de si está ante una cuestión jurídica, no se ocupa de la naturaleza política de los motivos que puedan haber inspirado la solicitud ni las consecuencias políticas que su opinión pueda tener (*Condiciones de admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas (Artículo 4 de la Carta), Opinión consultiva, 1948, I.C.J. Reports 1947-1948*, pág. 61, y *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 234, párr. 13).

28. Por consiguiente, la Corte considera que tiene competencia para emitir una opinión consultiva en respuesta a la solicitud formulada por la Asamblea General.

B. Discrecionalidad

29. El hecho de que la Corte tenga competencia no significa, empero, que esté obligada a ejercerla:

“En el pasado, la Corte ha recordado en reiteradas ocasiones que el Artículo 65, párrafo 1, de su Estatuto, que establece que “la Corte *podrá* emitir opiniones consultivas...” (cursiva añadida), debería interpretarse en el sentido de que la Corte tiene la facultad discrecional de negarse a emitir una opinión consultiva aun cuando se hayan reunido los requisitos necesarios para que tenga competencia.” (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 156, párr. 44.)

La discrecionalidad para decidir si responde a una solicitud de opinión consultiva o no existe a fin de proteger la integridad de la función judicial de la Corte y su naturaleza en tanto que órgano judicial principal de las Naciones Unidas (*Condición jurídica de Carelia Oriental, Opinión consultiva, 1923, P.C.I.J., Series B, núm. 5*, pág. 29; *Petición de revisión del fallo núm. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1973*, pág. 175, párr. 24; *Petición de revisión del fallo núm. 273 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1982*, pág. 334, párr. 22; y *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 2004 (I)*, págs. 156-157, párrs. 44 y 45).

30. No obstante, la Corte tiene conciencia de que su respuesta a una solicitud de opinión consultiva “representa su participación en las actividades de la Organización, y, en principio, no debería negarse” (*Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania, Primera fase, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1950*, pág. 71;

Diferencia relativa a la inmunidad de jurisdicción de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1999 (I), págs. 78 y 79, párr. 29; Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 2004 (I), pág. 156, párr. 44). Concordantemente, la jurisprudencia constante de la Corte ha determinado que la Corte sólo debería negarse a emitir su opinión en respuesta a una solicitud comprendida dentro de su competencia por “razones imperiosas” (Fallos dictados por el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo con motivo de las demandas presentadas contra la UNESCO, I.C.J. Reports 1956, pág. 86; Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 2004 (I), pág. 156, párr. 44).

31. La Corte debe cerciorarse de que el ejercicio de su función judicial en el presente caso sea correcto. Por consiguiente, ha considerado detenidamente si, a la luz de su jurisprudencia anterior, hay razones imperiosas para que se niegue a responder a la solicitud de la Asamblea General.

32. Un argumento, formulado por varios de los participantes en el presente procedimiento, atañe a los motivos que dan lugar a la solicitud. Dichos participantes señalaron a la atención una afirmación hecha por el único patrocinador de la resolución por la cual la Asamblea General solicitó la opinión de la Corte, en el sentido de que

“la opinión consultiva de la Corte brindará una orientación neutral desde el punto de vista político, pero con autoridad jurídica, a muchos países que aún deliberan sobre cómo manejar las declaraciones unilaterales de independencia ajustándose al derecho internacional.

.....

Apoyar este proyecto de resolución ayudará también a reafirmar un principio fundamental: el derecho de todo Estado Miembro de las Naciones Unidas de presentar ante la Corte una cuestión sencilla básica sobre un asunto que considere esencialmente importante. Votar en contra sería, en realidad, votar para negar el derecho de cualquier país, ahora o en el futuro, a solicitar un recurso judicial a través del sistema de las Naciones Unidas. (A/63/PV.22, págs. 1 y 2.)

De conformidad con los mencionados participantes, esa afirmación demostraba que la opinión de la Corte no se solicitaba para prestar asistencia a la Asamblea General, sino para servir a los intereses de un Estado y que, por consiguiente, la Corte debería negarse a responder.

33. La competencia consultiva no es una forma de recurso judicial para los Estados, sino el medio por el cual la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, así como los demás órganos y organismos de las Naciones Unidas específicamente facultados para hacerlo por la Asamblea General de conformidad con el Artículo 96, párrafo 2, de la Carta, puede obtener la opinión de la Corte para ayudarlos en sus actividades. La opinión de la Corte no se da a los Estados, sino al órgano que la ha solicitado (*Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania, Primera fase, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1950, pág. 71*). No obstante, precisamente por esa razón, los motivos de los distintos Estados que patrocinaron la resolución por la que se solicitaba una opinión consultiva, o votaron a favor de ella, no son pertinentes para el ejercicio por parte de la Corte de su facultad discrecional de decidir si responde o no. Como dijo la Corte en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*,

“una vez que la Asamblea, mediante la aprobación de una resolución, ha solicitado una opinión consultiva sobre una cuestión jurídica, la Corte, al determinar si hay razones imperiosas para negarse a emitir dicha opinión, no entrará a considerar los orígenes o los antecedentes políticos de la petición, ni la distribución de los votos con respecto a la resolución aprobada” (*I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 237, párr. 16).

34. Asimismo algunos de los participantes en el procedimiento sugirieron que la resolución 63/3 no daba indicación alguna sobre el fin para el cual la Asamblea General necesitaba la opinión de la Corte y no había nada que indicara que la opinión tendría algún efecto jurídico útil. Ese argumento no puede aceptarse. La Corte ha dejado constantemente en claro que incumbe al órgano que solicita la opinión, y no a la Corte, determinar si necesita la opinión para el adecuado desempeño de sus funciones. En su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, la Corte rechazó un argumento según el cual debería negarse a responder a la solicitud de la Asamblea General fundándose en que la Asamblea General no había explicado a la Corte los fines para los cuales solicitaba una opinión, diciendo que

“no cabe a la Corte decidir si la Asamblea necesita la opinión consultiva para el desempeño de sus funciones. La Asamblea General tiene derecho a decidir por sí misma, a la luz de sus propias necesidades, sobre la utilidad de una opinión.” (*I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 237, párr. 16.)

Análogamente, en la opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, la Corte comentó que “[l]a Corte no puede pretender que su evaluación de la utilidad de la opinión solicitada sustituya a la del órgano que la solicita, es decir, la Asamblea General” (*I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 163, párr. 62).

35. Tampoco considera la Corte que deba negarse a responder a la solicitud de la Asamblea General sobre la base de sugerencias, formuladas por algunos de los participantes en el procedimiento, según las cuales su opinión podría tener consecuencias políticas negativas. Así como la Corte no puede pretender que su evaluación sustituya a la del órgano solicitante en lo tocante a saber si su opinión será útil para dicho órgano, no puede — en particular cuando no hay base alguna sobre la cual hacer tal evaluación — imponer su propio parecer acerca de si una opinión podría tener un efecto negativo. Como dijo la Corte en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, en respuesta a un argumento según el cual una respuesta de la Corte podría afectar negativamente a las negociaciones sobre el desarme, frente a posiciones contrapuestas respecto de dicha cuestión, “no hay criterios evidentes para preferir una u otra evaluación” (*Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 237, párr. 17; véase también *Sáhara Occidental, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1975*, pág. 37, párr. 73; y *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 2004 (I)*, págs. 159 y 160, párrs. 51 a 54).

36. Una importante cuestión que la Corte debe considerar es si, habida cuenta de los respectivos roles del Consejo de Seguridad y la Asamblea General en relación con la situación en Kosovo, la Corte, en su carácter de órgano judicial principal de las Naciones Unidas, debería negarse a responder a la cuestión que se le ha planteado en razón de que la solicitud de la opinión de la Corte fue formulada por la Asamblea General y no por el Consejo de Seguridad.

37. La situación en Kosovo había sido objeto de medidas por parte del Consejo de Seguridad, en el ejercicio de su responsabilidad por el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, desde más de diez años antes de la presente solicitud de opinión consultiva. El Consejo comenzó a tomar medidas específicamente relacionadas con la situación en Kosovo el 31 de marzo de 1998, cuando aprobó la resolución 1160 (1998). A ella la siguieron las resoluciones 1199 (1998), 1203 (1998) y 1239 (1999). El 10 de junio de 1999, el Consejo aprobó la resolución 1244 (1999), en la cual autorizó la creación de una presencia internacional militar (posteriormente conocida como “KFOR”) y una presencia internacional civil (la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo, “UNMIK”) y estableció un marco para la administración de Kosovo. Por su resolución 1367 (2001), el Consejo de Seguridad decidió levantar la prohibición de la venta o el suministro de armas establecida por el párrafo 8 de la resolución 1160 (1998). El Consejo de Seguridad ha recibido informes periódicos del Secretario General sobre las actividades de la UNMIK. En el expediente presentado a la Corte por el Secretario General consta que el Consejo de Seguridad se reunió para considerar la situación en Kosovo en 29 ocasiones entre 2000 y finales de 2008. Si bien la declaración de independencia que es objeto de la presente solicitud fue examinada por el Consejo de Seguridad, el Consejo no tomó medida alguna con respecto a ella (Consejo de Seguridad, acta literal provisional, 18 de febrero de 2008, 15.00 horas (S/PV.5839); Consejo de Seguridad, acta literal provisional, 11 de marzo de 2008, 15.00 horas (S/PV.5850)).

38. La Asamblea General también ha aprobado resoluciones relacionadas con la situación en Kosovo. Antes de la aprobación por el Consejo de Seguridad de la resolución 1244 (1999), la Asamblea General había aprobado cinco resoluciones sobre la situación de los derechos humanos en Kosovo (resoluciones 49/204, 50/190, 51/111, 52/139 y 53/164). Después de la resolución 1244 (1999), la Asamblea General aprobó una nueva resolución sobre la situación de los derechos humanos en Kosovo (resolución 54/183, de 17 de diciembre de 1999) y 15 resoluciones relativas a la financiación de la UNMIK (resoluciones 53/241, 54/245A, 54/245B, 55/227A, 55/227B, 55/295, 57/326, 58/305, 59/286A, 59/286B, 60/275, 61/285, 62/262, 63/295 y 64/279). Sin embargo, la situación general en Kosovo no formaba parte del programa de la Asamblea General en el momento de la declaración de independencia y por consiguiente en septiembre de 2008 fue necesario crear un nuevo tema del programa para la consideración de la propuesta de solicitar una opinión de la Corte.

39. Con esos antecedentes, se ha sugerido que, habida cuenta de las competencias respectivas del Consejo de Seguridad y la Asamblea General, si se solicitara la opinión de la Corte en lo tocante a si la declaración de independencia se ajustaba al derecho internacional, la solicitud debería haber sido formulada por el Consejo de Seguridad y que ese hecho constituye una razón imperiosa para que la Corte no responda a la solicitud de la Asamblea General. Se dice que esa conclusión se infiere tanto de la naturaleza de la participación del Consejo de Seguridad como del hecho de que, a fin de dar respuesta a la cuestión planteada, la Corte necesariamente tendrá que interpretar y aplicar la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad a fin de determinar si la declaración de independencia se ajusta al derecho internacional o no.

40. Si bien la solicitud dirigida a la Corte concierne a un aspecto de una situación que el Consejo de Seguridad ha caracterizado como una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y sigue figurando en lugar prominente en el programa del Consejo en tal carácter, ello no significa que la Asamblea General no tenga un interés legítimo en la cuestión. Los Artículos 10 y 11 de la Carta, a los que la Corte ya ha hecho referencia, confieren a la Asamblea General un muy amplio poder para examinar dentro del alcance de

las actividades de las Naciones Unidas, incluso cuestiones relativas a la paz y la seguridad internacionales. Ese poder no está limitado por la responsabilidad por el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que confiere al Consejo de Seguridad el Artículo 24, párrafo 1. Como la Corte dejó en claro en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, párrafo 26, “el Artículo 24 se refiere a una competencia primordial pero no necesariamente exclusiva”. El hecho de que la situación en Kosovo esté ante el Consejo de Seguridad y el Consejo haya ejercido las potestades que le confiere el Capítulo VII con respecto a esa situación no impide que la Asamblea General examine cualquier aspecto de dicha situación, incluso la declaración de independencia. El límite que la Carta pone a la Asamblea General para proteger la función del Consejo de Seguridad figura en el Artículo 12 y restringe la facultad de la Asamblea General de hacer recomendaciones después de un debate, y no su facultad de llevar a cabo ese debate.

41. Asimismo, el Artículo 12 no impide toda clase de medidas de la Asamblea General con respecto a amenazas a la paz y la seguridad internacionales que el Consejo de Seguridad tenga ante sí. La Corte consideró esta cuestión con cierto detalle en los párrafos 26 y 27 de su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, en la cual la Corte señaló que con el tiempo, ha habido una tendencia cada vez mayor de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad a ocuparse en forma paralela de los mismos asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y observó que sucede con frecuencia que, mientras el Consejo de Seguridad tiende a centrarse en los aspectos de dichas cuestiones que se relacionan con la paz y la seguridad internacionales, la Asamblea General adopta un enfoque más amplio y considera también sus aspectos humanitarios, sociales y económicos.

42. El examen de este tema por la Corte en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* se hizo en relación con una discusión acerca de si la Corte tenía o no competencia para emitir una opinión consultiva, y no acerca de si debía ejercer su discrecionalidad para no emitir una opinión. En el presente caso, la Corte ya ha determinado que el Artículo 12 de la Carta no la priva de la competencia conferida por el Artículo 96, párrafo 1 (párrafos 23 y 24 *supra*). Considera, empero, que el análisis contenido en la opinión consultiva de 2004 también es pertinente para la cuestión de la discrecionalidad en el presente caso. Dicho análisis demuestra que el hecho de que un asunto esté comprendido dentro de la responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad respecto de las situaciones que puedan afectar el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y que el Consejo haya estado ejerciendo sus potestades a ese respecto no impide que la Asamblea General examine esa situación o, dentro de los límites establecidos por el Artículo 12, formule recomendaciones en relación con ella. Además, como señaló la Corte en su opinión consultiva de 2004, la resolución 377A (V) de la Asamblea General (“Unión pro paz”) prevé que la Asamblea General formule recomendaciones de medidas colectivas encaminadas a restablecer la paz y la seguridad internacionales en todo caso en que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión y el Consejo de Seguridad no pueda actuar por falta de unanimidad de los miembros permanentes (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 150, párr. 30). Esas consideraciones son pertinentes para la cuestión de si la delimitación de competencias entre el Consejo de Seguridad y la Asamblea General constituye una razón imperiosa para que la Corte se niegue a responder a la solicitud de opinión formulada por la Asamblea

General en el presente caso.

43. Desde luego, es cierto que los hechos del presente caso son bastante diferentes de los de la opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*. La situación en el territorio palestino ocupado había estado bajo activa consideración por parte de la Asamblea General durante varios decenios antes de su decisión de solicitar una opinión a la Corte y la Asamblea General había examinado precisamente el tema sobre el cual se solicitaba la opinión de la Corte. En el presente caso, con respecto a la situación en Kosovo, el que había estado conociendo activamente del asunto era el Consejo de Seguridad. En ese contexto, examinó el estatuto futuro de Kosovo y la declaración de independencia (véase el párrafo 37 *supra*).

44. Sin embargo, el fin de la competencia consultiva es permitir que los órganos de las Naciones Unidas y demás organismos autorizados obtengan opiniones de la Corte que los asistan en el futuro ejercicio de sus funciones. La Corte no puede determinar qué medidas podría la Asamblea General desear tomar después de recibir la opinión de la Corte o qué efectos podría tener esa opinión en relación con dichas medidas. Como se demuestra en los párrafos anteriores, la Asamblea General está facultada para examinar la declaración de independencia y, dentro de los límites considerados en el párrafo 42, *supra*, para formular recomendaciones con respecto a ése u otros aspectos de la situación en Kosovo sin invadir las competencias del Consejo de Seguridad. Siendo así, el hecho de que, hasta ahora, la declaración de independencia haya sido examinada sólo en el Consejo de Seguridad y que el Consejo haya sido el órgano que ha tomado medidas con respecto a la situación en Kosovo no constituye una razón imperiosa para que la Corte se niegue a responder a la solicitud de la Asamblea General.

45. Asimismo, si bien el factor determinante para responder a esta objeción a que la Corte emita una opinión es el ámbito para el examen y la adopción de medidas en el futuro, la Corte también señala que la Asamblea General ha tomado medidas con respecto a la situación en Kosovo en el pasado. Como se dijo en el párrafo 38 *supra*, entre 1995 y 1999 la Asamblea General aprobó seis resoluciones relativas a la situación de los derechos humanos en Kosovo. La última de ellas, la resolución 54/183, fue aprobada el 17 de diciembre de 1999, unos seis meses después de que el Consejo de Seguridad hubiese aprobado la resolución 1244 (1999). Si bien el centro de atención de aquella resolución estaba en los derechos humanos y las cuestiones humanitarias, también se refería (en el párrafo 7) a la preocupación de la Asamblea General por una posible “fragmentación” de Kosovo. Además, desde 1999 la Asamblea General ha aprobado cada año, de conformidad con el Artículo 17, párrafo 1, de la Carta, el presupuesto de la UNMIK (véase el párrafo 38 *supra*). Por consiguiente, la Corte observa que la Asamblea General ha ejercido funciones propias respecto de la situación en Kosovo.

46. Asimismo, en opinión de la Corte, el hecho de que necesariamente tenga que interpretar y aplicar las disposiciones de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad al dar respuesta a la cuestión planteada por la Asamblea General no constituye una razón imperiosa para no responder a dicha cuestión. Si bien la interpretación y la aplicación de una decisión de uno de los órganos políticos de las Naciones Unidas es, en primer lugar, responsabilidad del órgano que tomó dicha decisión, la Corte, en su calidad de órgano judicial principal de las Naciones Unidas, también ha debido frecuentemente considerar la interpretación y los efectos jurídicos de tales decisiones. Lo ha hecho tanto en el ejercicio de su competencia consultiva (véase, por ejemplo, *Ciertos gastos de las Naciones Unidas (Artículo 17, párrafo 2, de la Carta)*, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1962, pág. 175; y *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la*

presencia de Sudáfrica en Namibia (*África Sudoccidental*), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, Opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 51 a 54, párrs. 107 a 116), como en el ejercicio de su competencia contenciosa (véase, por ejemplo, *Cuestiones relacionadas con la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971, planteadas de resultas del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Reino Unido)*, *Medidas provisionales, providencia de 14 de abril de 1992, I.C.J. Reports 1992*, pág. 15, párrs. 39 a 41; *Cuestiones relacionadas con la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971, planteadas de resultas del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Estados Unidos de América)*, *Medidas provisionales, providencia de 14 de abril de 1992, I.C.J. Reports 1992*, págs. 126 y 127, párrs. 42 a 44).

47. Por consiguiente, no hay nada incompatible con la integridad de la función judicial en que la Corte lleve a cabo ese cometido. La cuestión radica, más bien, en si debería negarse a llevar a cabo ese cometido a menos que sea el órgano que ha tomado la decisión el que pida a la Corte que lo haga. Sin embargo, en su opinión consultiva sobre *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, la Corte respondió a la cuestión planteada por la Asamblea General, aunque ello necesariamente la obligaba a interpretar varias resoluciones del Consejo de Seguridad (a saber, las resoluciones 143, 145 y 146 de 1960 y 161 y 169 de 1961) (*Ciertos gastos de las Naciones Unidas (Artículo 17, párrafo 2, de la Carta)*, Opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 175 a 177). La Corte también señala que, en su opinión consultiva sobre *Condiciones de admisión de un Estado en las Naciones Unidas (Artículo 4 de la Carta) (I.C.J. Reports 1947-1948*, págs. 61 y 62), respondió a una solicitud de la Asamblea General aunque dicha solicitud se refería a declaraciones formuladas en una sesión del Consejo de Seguridad y se había sostenido que, por consiguiente, la Corte debía ejercer su discrecionalidad para negarse a responder (*Condiciones de admisión de un Estado en las Naciones Unidas (Artículo 4 de la Carta)*, Alegatos, Argumentos orales, Documentos, pág. 90). Cuando, como en el presente caso, la Asamblea General tenga un interés legítimo en la respuesta a una cuestión, el hecho de que dicha respuesta pueda depender, en parte, de una decisión del Consejo de Seguridad no es suficiente para justificar que la Corte se niegue a dar su opinión a la Asamblea General.

48. Concordantemente, la Corte considera que no existen razones imperiosas para que se abstenga de ejercer su competencia con respecto a la presente solicitud.

II. Alcance y significado de la cuestión

49. La Corte considerará ahora el alcance y el significado de la cuestión sobre la cual la Asamblea General le ha pedido que dé su opinión. La Asamblea General ha formulado dicha cuestión en los términos siguientes:

“¿Se ajusta al derecho internacional la declaración unilateral de independencia formulada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo?”

50. La Corte recuerda que en algunos casos anteriores se ha apartado del texto de la cuestión que se le había planteado cuando la cuestión no estaba adecuadamente formulada (véase, por ejemplo, en *Interpretación del Acuerdo grecoturco de 1 de diciembre de 1926 (Protocolo final, artículo IV)*, Opinión consultiva, 1928, *P.C.I.J., Series B, núm. 16*), o cuando la Corte determinó, sobre la base de su examen de los antecedentes de la solicitud, que la solicitud no reflejaba las “cuestiones jurídicas realmente controvertidas” (*Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*, Opinión

consultiva, I.C.J. Reports 1980, pág. 89, párr. 35). Análogamente, cuando la cuestión planteada no estaba clara o era vaga, la Corte ha aclarado la cuestión antes de dar su opinión (*Petición de revisión del fallo núm. 273 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1982*, pág. 348, párr. 46).

51. En el presente caso, la cuestión planteada por la Asamblea General está formulada claramente. La cuestión es estrecha y específica; pide la opinión de la Corte acerca de si la declaración de independencia se ajusta al derecho internacional o no. No pregunta acerca de las consecuencias jurídicas de dicha declaración. En particular, no pregunta si Kosovo ha adquirido la calidad de Estado o no. Tampoco pregunta acerca de la validez o los efectos jurídicos del reconocimiento de Kosovo por los Estados que lo han reconocido como Estado independiente. La Corte señala que, en anteriores solicitudes de opiniones consultivas, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, cuando querían la opinión de la Corte sobre las consecuencias jurídicas de una acción, formularon la cuestión de manera tal que ese aspecto estuviera expresamente enunciado (véase, por ejemplo, *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1971*, pág. 16, y *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 136). Concordantemente, la Corte no considera que sea necesario abordar cuestiones tales como si la declaración ha determinado la creación de un Estado o no, o la condición de los actos de reconocimiento, a fin de dar respuesta a la cuestión planteada por la Asamblea General. Consiguientemente, la Corte no advierte razón alguna para reformular el alcance de la cuestión.

52. Sin embargo, hay dos aspectos de la cuestión que requieren comentarios. Primero, la cuestión se refiere a “la declaración unilateral de independencia *por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo*” (resolución 63/3 de la Asamblea General de 8 de octubre de 2008, párrafo único de la parte dispositiva; cursivas añadidas). Además, el tercer párrafo del preámbulo de la resolución de la Asamblea General “[*recuerda*] que el 17 de febrero de 2008 las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo declararon su independencia de Serbia”. Varios de los participantes en el presente procedimiento no estuvieron de acuerdo en que hayan sido efectivamente las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo quienes promulgaron la declaración de independencia. La identidad de los autores de la declaración de independencia, como se demuestra *infra* (párrafos 102 a 109), es un asunto susceptible de afectar a la respuesta a la cuestión de si la declaración se ajustó al derecho internacional. Sería incompatible con el correcto ejercicio de la función judicial que la Corte considerara que dicho asunto ha quedado determinado por la Asamblea General.

53. Tampoco considera la Corte que la Asamblea General haya tenido la intención de restringir la libertad de la Corte para determinar esa cuestión por sí misma. La Corte señala que el tema del programa en relación con el cual se examinó la que llegó a ser la resolución 63/3 no hacía referencia a la identidad de los autores de la declaración y se titulaba simplemente “Solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia respecto de si la declaración unilateral de independencia *de Kosovo* se ajusta al derecho internacional” (resolución 63/3 de la Asamblea General de 8 de octubre de 2008; cursivas añadidas). La redacción de ese tema del programa había sido propuesta por la República de Serbia, única patrocinadora de la resolución 63/3, cuando solicitó la inclusión de un tema complementario en el programa de el sexagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General (Carta dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de Serbia ante las Naciones Unidas, 22 de agosto de 2008, A/63/195). Dicho tema del

programa pasó posteriormente a ser el título del proyecto de resolución y, más tarde, de la resolución 63/3. El elemento común en el tema del programa y el título de la resolución en sí misma es si la declaración de independencia se ajusta al derecho internacional. Asimismo, en el curso del debate sobre el proyecto de resolución no hubo referencia alguna a la identidad de los autores de la declaración, ni a la diferencia de redacción entre el título de la resolución y la cuestión que en dicha resolución se planteó a la Corte (A/63/PV.22).

54. Como ha dicho la Corte en un contexto diferente:

“No cabe suponer que la Asamblea General haya... procurado limitar u obstaculizar a la Corte en el desempeño de sus funciones judiciales; la Corte debe tener plena libertad para considerar todos los datos pertinentes de que disponga para formarse una opinión sobre una cuestión que se le ha planteado para que emita una opinión consultiva.” (*Ciertos gastos de las Naciones Unidas (Artículo 17, párrafo 2, de la Carta), Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1962, pág. 157.*)

Esa consideración es aplicable en el presente caso. Al evaluar si la declaración de independencia se ajusta al derecho internacional o no, la Corte debe tener libertad para examinar todo el expediente y decidir por sí misma si dicha declaración fue promulgada por las instituciones provisionales de autogobierno o por alguna otra entidad.

55. Si bien muchos de los participantes en el presente procedimiento hicieron referencia a la opinión de la Corte Suprema del Canadá en *Remisión por el Gobernador General relativa a algunas cuestiones atinentes a la secesión de Quebec del Canadá* ([1998] 2 S.C.R. 217; 161 D.L.R. (4th) 385; 115 Int. Law Reps. 536), la Corte observa que la cuestión en el presente caso es marcadamente diferente de la que se planteó a la Corte Suprema del Canadá.

La cuestión pertinente en ese caso era la siguiente:

“¿Da el derecho internacional a la Asamblea Nacional, la legislatura o el gobierno de Quebec el derecho a llevar a cabo la secesión de Quebec del Canadá unilateralmente? A este respecto, ¿existe con arreglo al derecho internacional un derecho a la libre determinación que dé a la Asamblea Nacional, la legislatura o el gobierno de Quebec el derecho a llevar a cabo la secesión de Quebec del Canadá unilateralmente?”

56. En la cuestión planteada a la Corte Suprema del Canadá se averiguaba si existía un derecho a “llevar a cabo la secesión”, y si existía una norma de derecho internacional que confiriera un derecho positivo a alguno de los órganos nombrados. En contraste, la Asamblea General ha preguntado si la declaración de independencia “se ajust[aba] al” derecho internacional. La respuesta a dicha cuestión depende de la determinación de si el derecho internacional aplicable prohibía la declaración de independencia o no. Si la Corte concluye que la prohibía, debe responder a la cuestión planteada diciendo que la declaración de independencia no se ajustó al derecho internacional. De ello se desprende que el cometido que la Corte debe cumplir consiste en determinar si la declaración de independencia fue aprobada violando el derecho internacional o no. La cuestión que se ha planteado a la Corte no la obliga a asumir una posición acerca de si el derecho internacional confería a Kosovo un derecho afirmativo a declarar unilateralmente su independencia ni, a fortiori, acerca de si el derecho internacional confiere generalmente a entidades situadas dentro de un Estado un derecho a separarse unilateralmente de él. En realidad, es enteramente posible que un acto determinado — tal como una declaración

unilateral de independencia — no sea una violación del derecho internacional sin que necesariamente constituya el ejercicio de un derecho conferido por él. A la Corte se le ha pedido una opinión sobre el primer punto, y no sobre el segundo.

III. Antecedentes de hecho

57. La declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 debe considerarse en el contexto de hecho que llevó a su adopción. Por consiguiente, la Corte describirá brevemente las características pertinentes del marco establecido por el Consejo de Seguridad para asegurar la administración provisional de Kosovo, a saber, la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y los reglamentos promulgados con arreglo a dicha resolución por la Misión de las Naciones Unidas en Kosovo. A continuación la Corte hará una breve descripción de los acontecimientos relacionados con el llamado “proceso relativo al estatuto definitivo” en los años anteriores a la adopción de la declaración de independencia, antes de pasar a los acontecimientos de 17 de febrero de 2008.

A. La resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y los reglamentos pertinentes de la UNMIK

58. La resolución 1244 (1999) fue aprobada por el Consejo de Seguridad, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el 10 de junio de 1999. En dicha resolución, el Consejo de Seguridad, “resuelto a solucionar la grave situación humanitaria” que había constatado (véase el cuarto párrafo del preámbulo) y a poner fin al conflicto armado en Kosovo, autorizó al Secretario General de las Naciones Unidas a establecer una presencia internacional civil en Kosovo “a fin de que Kosovo tenga una administración provisional... que constituya una administración de transición al tiempo que establezca y supervise las instituciones provisionales de gobierno democrático autónomo” (párr. 10).

En el párrafo 3 exigió “en particular que la República Federativa de Yugoslavia [pusiera] fin, de forma inmediata y verificable, a la violencia y a la represión en Kosovo y emprend[iera] y concluy[era] el retiro gradual verificable de Kosovo de todas las fuerzas militares, policiales y paramilitares con arreglo a un calendario urgente”. De conformidad con el párrafo 5 de la resolución, el Consejo de Seguridad decidió el despliegue en Kosovo, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, de presencias internacionales civil y de seguridad y acogió con beneplácito el hecho de que la República Federativa de Yugoslavia estuviese de acuerdo con ese despliegue. Los poderes y funciones de la presencia de seguridad fueron aclarados con más detalle en los párrafos 7 y 9. En el párrafo 15 de la resolución 1244 (1999), el Consejo exigió que el Ejército de Liberación de Kosovo (ELK) y otros grupos armados de albaneses de Kosovo pusieran fin inmediatamente a todas las acciones ofensivas y se ajustaran a las disposiciones de la desmilitarización. Inmediatamente antes de las aprobaciones de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, ya se habían dado diversos pasos para la aplicación por conducto de una serie de medidas que comprendían, entre otras, las estipuladas en el Acuerdo Militar y Técnico de 9 de junio de 1999, en cuyo artículo I.2 se preveía el despliegue de KFOR, permitiendo que ésta “oper[ara] sin obstáculos dentro de Kosovo y con autoridad para tomar todas las medidas necesarias a fin de establecer y mantener un entorno seguro para todos los ciudadanos de Kosovo y en otras formas necesarias para llevar a cabo su misión.” El Acuerdo Militar y Técnico preveía también el retiro de las fuerzas terrestres y aéreas de la

República Federativa de Yugoslavia, con excepción de “un número convenido de personal militar y policial yugoslavo y serbio”, con arreglo a lo previsto en el párrafo 6 de la resolución 1244 (1999).

59. En el párrafo 11 de la resolución se describían las principales responsabilidades de la presencia internacional civil en Kosovo en la forma siguiente:

- “a) Promover el establecimiento, hasta que se llegue a una solución definitiva, de una autonomía y un gobierno autónomo sustanciales en Kosovo, teniendo plenamente en cuenta el anexo 2 y los acuerdos de Rambouillet (S/1999/648);
- b) Cumplir funciones administrativas civiles básicas donde y mientras sea necesario;
- c) Organizar y supervisar el desarrollo de instituciones provisionales de autogobierno democrático y autónomo hasta que se llegue a una solución política, incluida la celebración de elecciones;
- d) Transferir, a medida que se establezcan esas instituciones, sus funciones administrativas a estas últimas y, al mismo tiempo, supervisar y apoyar la consolidación de las instituciones provisionales locales de Kosovo, así como de otras actividades de establecimiento de la paz;
- e) Facilitar un proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo, teniendo en cuenta los acuerdos de Rambouillet (S/1999/648);
- f) En una etapa final, supervisar el traspaso de autoridad de las instituciones provisionales de Kosovo a las instituciones que se establezcan conforme a una solución política...”

60. El 12 de junio de 1999, el Secretario General presentó al Consejo de Seguridad “un marco operacional preliminar para la organización general de la presencia civil, que se denominará Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK)”, en cumplimiento del párrafo 10 de la resolución 1244 (1999), de conformidad con el cual la UNMIK estaría dirigida por un Representante Especial del Secretario General, designado por el Secretario General en consulta con el Consejo de Seguridad (Informe del Secretario General de 12 de junio de 1999 (documento de las Naciones Unidas S/1999/672, 12 de junio de 1999)). En el informe del Secretario General se preveía que hubiera cuatro representantes especiales adjuntos que trabajaran dentro de la UNMIK, cada uno de los cuales sería responsable de uno de los cuatro componentes principales (los llamados “cuatro pilares”) del régimen de la UNMIK (párr. 5): *a)* administración civil provisional (con el papel rector asignado a las Naciones Unidas); *b)* asuntos humanitarios (con el papel rector asignado a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)); *c)* fomento institucional (con el papel rector asignado a la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE)), y *d)* reconstrucción (con el papel rector asignado a la Unión Europea).

61. El 25 de julio de 1999, el primer Representante Especial del Secretario General promulgó el reglamento 1999/1 de la UNMIK, que en su artículo 1.1 disponía que “[t]oda la autoridad legislativa y ejecutiva con respecto a Kosovo, incluida la administración de justicia, queda atribuida a la UNMIK y es ejercida por el Representante Especial del Secretario General”. Con arreglo al artículo 3 del reglamento 1999/1 de la UNMIK, las leyes aplicables en el territorio de Kosovo antes del 24 de marzo de 1999 debían continuar aplicándose, pero sólo en la medida en que no fuesen incompatibles con las normas de

derechos humanos internacionalmente reconocidas y la no discriminación ni con el cumplimiento del mandato asignado a la UNMIK con arreglo a la resolución 1244 (1999). El artículo 3 fue derogado por el reglamento 1999/25 de la UNMIK, promulgado por el Representante Especial del Secretario General el 12 de diciembre de 1999, con efecto retroactivo al 10 de junio de 1999. El artículo 1.1 del reglamento 1999/24 de la UNMIK, de 12 de diciembre de 1999, dispone que “[e]l derecho aplicable en Kosovo estará integrado por: *a)* Los reglamentos promulgados por el Representante Especial del Secretario General y los instrumentos subsidiarios dictados de conformidad con dichos reglamentos, y *b)* El derecho en vigor en Kosovo el 22 de marzo de 1989”. El artículo 4, titulado “Disposición transitoria”, dispone lo siguiente:

“Todos los actos jurídicos, incluidas las decisiones judiciales, y los efectos jurídicos de los acontecimientos ocurridos, durante el período comprendido entre el 10 de junio de 1999 y la fecha del presente reglamento, de conformidad con las leyes en vigor durante dicho período con arreglo al artículo 3 del reglamento de la UNMIK núm. 1999/1, de 25 de julio de 1999, mantendrán su validez, en la medida en que no sean incompatibles con las normas mencionadas en el artículo 1 del presente reglamento o con algún reglamento de la UNMIK en vigor a la fecha de tales actos.”

62. Los poderes y responsabilidades así establecidos en la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad fueron enunciados más detalladamente en el reglamento 2001/9 de la UNMIK, de 15 de mayo de 2001, relativo a un Marco constitucional para el establecimiento de un gobierno autónomo provisional (en adelante, “Marco Constitucional”), en el que se definieron las responsabilidades relativas a la administración de Kosovo entre el Representante Especial del Secretario General y las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo. En lo tocante al papel confiado al Representante Especial del Secretario General con arreglo al Capítulo 12 del Marco Constitucional,

“[e]l ejercicio de las responsabilidades de las instituciones provisionales de autogobierno con arreglo al presente Marco Constitucional no afectarán ni disminuirán la autoridad del Representante Especial del Secretario General para asegurar la plena aplicación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, incluida la supervisión de las instituciones provisionales de autogobierno, sus autoridades y sus organismos, y tomar medidas adecuadas toda vez que sus acciones sean incompatibles con la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad o con el presente Marco Constitucional”.

Asimismo, de conformidad con el Capítulo 2 *a)*, “[l]as instituciones provisionales de autogobierno y sus funcionarios... [ejercerán] sus competencias de manera compatible con las disposiciones de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y los términos establecidos en el presente Marco Constitucional”. Análogamente, de conformidad con el noveno párrafo del preámbulo del Marco Constitucional, “el ejercicio de las responsabilidades de las instituciones provisionales de autogobierno en Kosovo no afectará ni disminuirá en modo alguno la autoridad final del Representante Especial del Secretario General por la aplicación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad”. En su informe periódico al Consejo de Seguridad de 7 de junio de 2001, el Secretario General dijo que el Marco Constitucional contenía

“una amplia atribución a mi Representante Especial de potestades de intervención y corrección respecto de las medidas adoptadas por las instituciones autónomas provisionales que sean incompatibles con la resolución

1244 (1999) del Consejo de Seguridad, incluida la potestad de vetar las leyes sancionadas por la Asamblea, cuando fuese necesario.” (Informe del Secretario General sobre la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo, S/2001/565, 7 de junio de 2001).

63. Después de describir el marco establecido por el Consejo de Seguridad para asegurar la administración provisional del territorio de Kosovo, la Corte pasa ahora a considerar los acontecimientos pertinentes en el proceso relativo al estatuto definitivo que precedieron a la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008.

B. Los acontecimientos pertinentes en el proceso relativo al estatuto definitivo anteriores al 17 de febrero de 2008

64. En junio de 2005, el Secretario General designó a Kai Eide, Representante Permanente de Noruega ante la Organización del Tratado del Atlántico Norte, como su Enviado Especial para llevar a cabo un examen amplio de la situación en Kosovo. Después del informe sobre el examen amplio que el Enviado Especial presentó al Secretario General (incluido como anexo al documento de las Naciones Unidas S/2005/635 (7 de octubre de 2005)), en el Consejo de Seguridad hubo consenso en el sentido de que debía ponerse en marcha el proceso relativo al estatuto definitivo:

“El Consejo de Seguridad está de acuerdo con la evaluación general del Embajador Eide de que, a pesar de los problemas que todavía se plantean en Kosovo y en la región en el sentido más amplio, ha llegado el momento de pasar a la fase siguiente del proceso político. En consecuencia, el Consejo apoya la intención del Secretario General de iniciar un proceso político para determinar el futuro estatuto de Kosovo, según se prevé en la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad.” (Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad de 24 de octubre de 2005, S/PRST/2005/51.)

65. En noviembre de 2005, el Secretario General designó al Sr. Martti Ahtisaari, ex Presidente de Finlandia, como su Enviado Especial para el proceso relativo al estatuto futuro de Kosovo. Dicha designación fue aprobada por el Consejo de Seguridad (véase la carta de fecha 10 de noviembre de 2005 dirigida al Secretario General por el Presidente del Consejo de Seguridad, S/2005/709). La Carta de Designación del Sr. Ahtisaari incluía como anexo un documento titulado “Términos de referencia” en el que se expresaba que el Enviado Especial “había de informar al Secretario General en todas las etapas del proceso”. Además, “[e]l ritmo y la duración del proceso relativo al estatuto futuro serán determinados por el Enviado Especial sobre la base de consultas con el Secretario General, teniendo en cuenta la cooperación de las partes y la situación sobre el terreno” (Términos de referencia, de fecha 10 de noviembre de 2005, como Apéndice de la carta de fecha 14 de noviembre de 2005 dirigida al Sr. Martti Ahtisaari por el Secretario General, expediente núm. 198 de las Naciones Unidas).

66. El Consejo de Seguridad no formuló comentarios sobre dichos Términos de referencia. En lugar de ello, los miembros del Consejo anexaron a su aprobación de la designación del Sr. Ahtisaari los Principios rectores del Grupo de Contacto (un grupo oficioso de Estados formado en 1994 para abordar la situación en los Balcanes e integrado por Alemania, Francia, Italia, los Estados Unidos de América, la Federación de Rusia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte). Los miembros del Consejo de Seguridad indicaron además que los Principios rectores se incluían para “referencia” del Secretario General (y, por consiguiente, también para “referencia” del Enviado Especial).

En dichos Principios se expresaba, entre otras cosas, que

“[e]l Grupo de Contacto... [a]coge favorablemente la intención del Secretario General de nombrar un Enviado Especial para dirigir ese proceso . . .

La solución negociada de esta cuestión debe ser una prioridad internacional. Una vez iniciado el proceso, será preciso llevarlo a término e impedir que quede bloqueado. El Grupo de Contacto insta a las partes a que actúen constructivamente y de buena fe, se abstengan de tomar medidas unilaterales y rechacen cualquier forma de violencia.

.....
El Consejo de Seguridad seguirá ocupándose activamente de la cuestión, y la decisión definitiva sobre el estatuto de Kosovo habrá de contar con su respaldo.” (Principios rectores del acuerdo sobre el estatuto de Kosovo acordados por el Grupo de Contacto, anexados a la carta de fecha 10 de noviembre de 2005 dirigida al Secretario General por el Presidente del Consejo de Seguridad, S/2005/709.)

67. Entre el 20 de febrero de 2006 y el 8 de septiembre de 2006 se llevaron a cabo varias rondas de negociaciones, en las cuales las delegaciones de Serbia y Kosovo se refirieron, en particular, a la descentralización de las funciones gubernamental y administrativa, el patrimonio cultural y los lugares religiosos, las cuestiones económicas y los derechos de las comunidades de Kosovo (Informes del Secretario General sobre la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo, S/2006/361, S/2006/707 y S/2006/906). De conformidad con los informes del Secretario General, se puso de manifiesto la distancia que separa a las partes en relación con la mayoría de las cuestiones (Informes del Secretario General sobre la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo, S/2006/707; S/2006/906).

68. El 2 de febrero de 2007, el Enviado Especial del Secretario General presentó a las partes un proyecto de propuesta amplia para lograr un acuerdo sobre el estatuto de Kosovo y las invitó a que entablaran un proceso de consultas (recordado en el Informe del Secretario General sobre la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo, S/2007/134, 9 de marzo de 2007). El 10 de marzo de 2007 se celebró en Viena una ronda final de negociaciones para examinar la propuesta de acuerdo. Según informó el Secretario General, las partes no pudieron lograr nuevos progresos en dichas negociaciones (Informe del Secretario General sobre la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo, S/2007/395, 29 de junio de 2007, pág. 1).

69. El 26 de marzo de 2007, el Secretario General presentó al Consejo de Seguridad el informe de su Enviado Especial. El Enviado Especial dijo que “tras más de un año de conversaciones directas, negociaciones bilaterales y consultas de expertos, para [él había] quedado claro que las partes no [eran] capaces de llegar a un acuerdo sobre el estatuto futuro de Kosovo” (Carta de fecha 26 de marzo de 2007 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General a la que se anexaba el Informe del Enviado Especial del Secretario General sobre el estatuto futuro de Kosovo, S/2007/168, 26 de marzo de 2007). Después de poner de relieve que en su

“mandato se especifica claramente que [le] corresponde determinar el ritmo y la duración del proceso relativo al estatuto futuro de Kosovo sobre la base de consultas con el Secretario General, teniendo en cuenta la cooperación de las partes y la situación sobre el terreno.” (ibíd., párr. 3),

el Enviado Especial concluyó:

“Creo firmemente que se han agotado las posibilidades de que las negociaciones den un resultado mutuamente aceptable sobre el estatuto de Kosovo. Por muchas conversaciones que se celebren, cualquiera que sea el formato, no será posible salir del punto muerto.

.....

Ha llegado el momento de resolver la cuestión del estatuto de Kosovo. Después de un examen atento de la historia reciente de Kosovo y de sus realidades actuales, y teniendo en cuenta las negociaciones con las partes, he llegado a la conclusión de que la única opción viable para Kosovo es la independencia, supervisada durante un período inicial por la comunidad internacional.” (Ibid., párrs. 3 y 5.)

70. Las conclusiones del Enviado Especial estaban acompañadas por su Propuesta integral de Acuerdo sobre el estatuto de Kosovo (S/2007/168/Add. 1, 26 de marzo de 2007), a la que había dado forma definitiva, y que, según sus palabras, establecía “estructuras de supervisión internacional, y [sentaba] las bases para un futuro Kosovo independiente” (S/2007/168, 26 de marzo de 2007, párr. 5). La Propuesta integral preveía la inmediata convocatoria de una Comisión Constituyente para que redactara una constitución para Kosovo (S/2007/168/Add. 1, 26 de marzo de 2007, art. 10.1), establecía directrices respecto de la integración de dicha Comisión (ibid., art. 10.2), fijaba numerosos requisitos en relación con los principios y disposiciones que debía contener la Constitución (ibid., art. 1.3 y Anexo I) y determinaba que la Asamblea de Kosovo aprobara la Constitución por una mayoría de dos tercios dentro de 120 días (ibid., art. 10.4). Asimismo, preveía la terminación del mandato de la UNMIK después de un período de transición de 120 días, después del cual “todas las facultades legislativas y ejecutivas conferidas a ella serán transferidas en bloque a las autoridades del Gobierno de Kosovo a menos que en el presente Acuerdo se disponga otra cosa” (ibid., art. 15.1). Disponía que se organizaran elecciones generales y municipales dentro de los nueve meses siguientes a la entrada en vigor de la Constitución, a más tardar (ibid., art. 11.1). La Corte señala asimismo que la Propuesta integral de Acuerdo sobre el estatuto de Kosovo preveía la designación de un Representante Civil Internacional (RCI), que tendría la autoridad definitiva en Kosovo acerca de la interpretación del Acuerdo (ibid., art. 12). La Propuesta integral también especificaba que el mandato del RCI sería objeto de examen “a más tardar dos años después de la entrada en vigor [del] Acuerdo, con el propósito de reducir gradualmente el alcance de las atribuciones del RCI y la frecuencia de sus intervenciones” (ibid., Anexo IX, art. 5.1) y que

“[s]e pondr[ía] fin al mandato del Representante Civil Internacional cuando el Grupo Directivo Internacional [un órgano internacional integrado por Alemania, los Estados Unidos, la Federación de Rusia, Francia, Italia, el Reino Unido, la Unión Europea y la OTAN] determin[ara] que Kosovo ha[bía] aplicado las disposiciones [del] Acuerdo” (ibid., Art. 5.2).

71. El Secretario General “apoy[ó] plenamente tanto la recomendación formulada por [su] Enviado Especial en su informe sobre el estatuto futuro de Kosovo como la propuesta integral de Acuerdo sobre el estatuto de Kosovo” (Carta de fecha 26 de marzo de 2007 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General, S/2007/168). El Consejo de Seguridad, por su parte, decidió emprender una misión a Kosovo (véase, Informe de la misión del Consejo de Seguridad en relación con la cuestión de Kosovo,

S/2007/256, 4 de mayo de 2007), pero no pudo llegar a una decisión sobre el estatuto definitivo de Kosovo. Se circuló un proyecto de resolución entre los miembros del Consejo (véase, proyecto de resolución patrocinado por Alemania, Bélgica, los Estados Unidos, Francia, Italia y el Reino Unido, S/2007/437 Prov., 17 de julio de 2007) pero fue retirado después de algunas semanas cuando quedó claro que no sería aprobado por el Consejo de Seguridad.

72. Entre el 9 de agosto y el 3 de diciembre de 2007 se celebraron nuevas negociaciones sobre el estatuto futuro de Kosovo bajo los auspicios de una Troika integrada por representantes de los Estados Unidos, la Federación de Rusia y la Unión Europea. El 4 de diciembre de 2007, la Troika presentó al Secretario General su informe, en el que se llegaba a la conclusión de que, a pesar de las intensas negociaciones, “las partes no consiguieron alcanzar un acuerdo sobre el estatuto definitivo de Kosovo” y [n]inguna de las partes estaba dispuesta a ceder en su postura sobre la cuestión fundamental de la soberanía” (Informe de la Troika de los Estados Unidos, la Federación de Rusia y la Unión Europea sobre Kosovo, 4 de diciembre de 2007, anexo a S/2007/723).

73. El 17 de noviembre de 2007 se celebraron las elecciones de la Asamblea de Kosovo, 30 asambleas municipales y sus respectivos alcaldes (Informe del Secretario General sobre la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo S/2007/768). La Asamblea de Kosovo celebró su periodo de sesiones inaugural los días 4 y 9 de enero de 2008 (Informe del Secretario General sobre la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo, S/2008/211).

C. Los acontecimientos ocurridos el 17 de febrero de 2008 y después de esa fecha

74. Tales son los antecedentes de la declaración de independencia que fue aprobada el 17 de febrero de 2008. La Corte observa que el idioma original de la declaración es el albanés. A los efectos de la presente opinión, cuando se hacen citas del texto de la declaración, la Corte ha utilizado las traducciones al francés y al inglés incluidas en el expediente presentado en nombre del Secretario General.

En sus pasajes pertinentes, la declaración de independencia dice que sus autores estaban “[r]eunidos” en sesión extraordinaria el 17 de febrero de 2008, en Pristina, capital de Kosovo” (primer párrafo del preámbulo); “[r]ecord[ó] los años de negociaciones con patrocinio internacional entre Belgrado y Pristina sobre la cuestión del estatuto político futuro [de Kosovo]” y “[l]ament[ó] que no [hubiera] sido posible llegar a un resultado mutuamente aceptable sobre el estatuto” (párrafos décimo y undécimo del preámbulo). Asimismo declaró que los autores estaban “[d]eterminados a lograr que se resolviera [el] estatuto [de Kosovo] a fin de dar a [su] pueblo claridad acerca de su futuro, dejar atrás los conflictos del pasado y realizar en su plenitud el potencial democrático de [su] sociedad” (décimo tercer párrafo del preámbulo).

75. En su parte dispositiva, la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 dice:

“1. Nosotros, los dirigentes democráticamente elegidos de nuestro pueblo, por la presente declaramos que Kosovo es un Estado independiente y soberano. Esta declaración refleja la voluntad de nuestro pueblo y es totalmente conforme

con las recomendaciones del Enviado Especial de las Naciones Unidas Martti Ahtisaari y su Propuesta integral de Acuerdo sobre el estatuto de Kosovo.

2. Declaramos que Kosovo es una república democrática, secular y multiétnica, guiada por los principios de no discriminación e igual protección con arreglo a la ley. Protegeremos y promoveremos los derechos de todas las comunidades en Kosovo y crearemos las condiciones necesarias para su efectiva participación en los procesos político y de adopción de decisiones.

5. Celebramos el continuo apoyo de la comunidad internacional a nuestro desarrollo democrático por conducto de las presencias internacionales establecidas en Kosovo sobre la base de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Invitamos y acogemos con beneplácito una presencia internacional civil que supervise nuestra aplicación del Plan Ahtisaari, así como una misión para el estado de derecho, encabezada por la Unión Europea.

9. Por la presente asumimos las obligaciones internacionales de Kosovo, incluidas las que fueron contraídas en nuestro nombre por la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK)...

12. Por la presente afirmamos, clara, específica e irrevocablemente, que Kosovo estará jurídicamente obligado a cumplir con las disposiciones contenidas en la presente Declaración, incluidas, especialmente, las obligaciones que le incumben en virtud del Plan Ahtisaari... Declaramos públicamente que todos los Estados tienen derecho a invocar la presente declaración...”

76. La declaración de independencia fue aprobada en una sesión celebrada el 17 de febrero de 2008 por 109 de los 120 miembros de la Asamblea de Kosovo, incluido el Primer Ministro de Kosovo, así como por el Presidente de Kosovo (que no era miembro de la Asamblea). Los diez miembros de la Asamblea que representaban a la comunidad serbia de Kosovo y el único miembro que representaba a la comunidad gorani de Kosovo decidieron no asistir a dicha sesión. La declaración fue escrita en dos hojas de papiro y leída en voz alta, votada y luego firmada por todos los representantes presentes. No fue transmitida al Representante Especial del Secretario General y no fue publicada en la Gaceta Oficial de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo.

77. Después de la proclamación de la declaración de independencia, la República de Serbia informó al Secretario General de que había adoptado una decisión en la que decía que dicha declaración constituía una secesión impuesta y unilateral de una parte del territorio de Serbia y no tenía ningún efecto jurídico ni en Serbia ni en el orden jurídico internacional (S/PV.5839; Informe del Secretario General sobre la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo, S/2008/211). A solicitud de Serbia, el Consejo de Seguridad celebró el 18 de febrero de 2008 una sesión pública de emergencia, en la cual el Sr. Boris Tadić, Presidente de la República de Serbia, participó y denunció a la declaración de independencia como un acto ilegal que había sido declarado nulo y sin valor por la Asamblea Nacional de Serbia (S/PV.5839).

IV. La cuestión de si la declaración de independencia se ajusta al derecho internacional

78. La Corte pasa ahora a considerar la sustancia de la solicitud formulada por la Asamblea General. La Corte recuerda que la Asamblea General le ha pedido que aprecie la conformidad de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 con “el derecho internacional” (resolución 63/3 de la Asamblea General, 8 de octubre de 2008). La Corte comenzará por dirigir su atención a determinadas cuestiones relativas a la licitud de las declaraciones de independencia en el derecho internacional general, en relación con el cual corresponde considerar la cuestión planteada, así como entender y aplicar la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad. Una vez determinado ese marco general, la Corte pasará a considerar la pertinencia jurídica de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, y determinará si la resolución, con arreglo al derecho internacional aplicable a las cuestiones que plantea la presente solicitud, crea normas especiales, y las consiguientes obligaciones, que tengan incidencia en la licitud de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008.

A. El derecho internacional general

79. Durante los siglos XVIII y XIX, así como a comienzos del siglo XX, hubo numerosos casos de declaraciones de independencia, con frecuencia enérgicamente resistidas por el Estado del cual se declaraba la independencia. Algunas veces una declaración llevó a la creación de un nuevo Estado, y otras veces no. Sin embargo, en ningún caso sugiere la práctica de los Estados en conjunto que el acto de promulgar la declaración haya sido considerado contrario al derecho internacional. Por el contrario, la práctica de los Estados durante dicho período apunta claramente a la conclusión de que el derecho internacional no contenía ninguna prohibición de declaraciones de independencia. Durante la segunda mitad del siglo XX, el derecho internacional de la libre determinación se desarrolló de tal manera que creó un derecho a la independencia para los pueblos de los territorios no autónomos y los pueblos sometidos a subyugación, dominación y explotación extranjeras (cf. *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, *Opinión consultiva*, I.C.J. Reports 1971, págs. 31 y 32, párrs. 52 y 53; *Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, fallo, I.C.J. Reports 1995, pág. 102, párr. 29; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, *Opinión consultiva*, I.C.J. Reports 2004 (I), págs. 171 y 172, párr. 88). Muy numerosos Estados nuevos han llegado a existir como resultado del ejercicio de ese derecho. Sin embargo, también hubo casos de declaraciones de independencia fuera de ese contexto. La práctica de Estados en estos últimos casos no indica el surgimiento en el derecho internacional de una nueva norma que prohíba formular una declaración de independencia en tales casos.

80. Varios participantes en el procedimiento que la Corte tiene ante sí han sostenido que la prohibición de las declaraciones unilaterales de independencia está implícita en el principio de integridad territorial.

La Corte recuerda que el principio de integridad territorial es una parte importante del orden jurídico internacional y está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, en particular en el Artículo 2, párrafo 4, que dispone lo siguiente:

“Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se

abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.”

En la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, titulada “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, que refleja el derecho internacional consuetudinario (*Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América) (Fondo), Sentencia, I.C.J. Reports 1986*, págs. 101 a 103, párrs. 191 a 193), la Asamblea General reiteró “[e]l principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado”. Más adelante, dicha resolución enumeró diversas obligaciones que incumben a los Estados en lo tocante a abstenerse de violar la integridad territorial de otros Estados soberanos. En el mismo sentido, el Acta Final de la Conferencia de Helsinki sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, de 1 de agosto de 1975 (la Conferencia de Helsinki) estipuló que “[l]os Estados participantes respetarán la integridad territorial de cada uno de los Estados participantes” (art. IV). Así pues, el alcance del principio de integridad territorial se limita a la esfera de las relaciones entre Estados.

81. Varios participantes han invocado resoluciones del Consejo de Seguridad en las que se condenó a determinadas declaraciones de independencia: véanse, entre otras, las resoluciones del Consejo de Seguridad 216 (1965) y 217 (1965), relativas a Rhodesia del Sur; 541 (1983), relativa a Chipre septentrional, y 787 (1992), relativa a la República Srpska.

Sin embargo, la Corte observa que en todos esos casos el Consejo de Seguridad estaba haciendo una determinación en lo tocante a la situación concreta existente en el momento en que se hicieron tales declaraciones de independencia; así pues, la ilegalidad atribuida a las declaraciones de independencia no provenía del carácter unilateral de dichas declaraciones como tal, sino del hecho de que estaban, o habrían estado, conectadas con el uso ilegítimo de la fuerza u otras flagrantes violaciones de normas de derecho internacional general, en particular las de carácter imperativo (*jus cogens*). En el contexto de Kosovo, el Consejo de Seguridad nunca ha tomado esa posición. El carácter excepcional de las resoluciones enumeradas *supra* parece confirmar, a juicio de la Corte, que de la práctica del Consejo de Seguridad no puede inferirse ninguna prohibición general de las declaraciones unilaterales de independencia.

*

82. Varios de los participantes en el presente procedimiento han alegado, aunque en casi todos los casos sólo como argumento secundario, que la población de Kosovo tiene derecho a crear un Estado independiente, sea como una manifestación de un derecho a la libre determinación o de conformidad con lo que describieron como un derecho de “secesión correctiva” frente a la situación en Kosovo.

La Corte ya ha señalado (véase el párrafo 79 *supra*) que uno de los principales desarrollos del derecho internacional durante la segunda mitad del siglo XX ha sido la evolución del derecho a la libre determinación. Sin embargo, la determinación de si, fuera del contexto de los territorios no autónomos y los pueblos

sometidos a subyugación, dominación y explotación extranjeras, el derecho internacional relativo a la libre determinación confiere a una parte de la población de un Estado existente un derecho a separarse de dicho Estado, es un tema sobre el cual quienes participaron en el procedimiento y manifestaron una posición sobre la cuestión expresaron opiniones radicalmente divergentes. Hubo análogas divergencias en lo tocante a si el derecho internacional prevé un derecho de “secesión correctiva” y, en caso afirmativo, en qué circunstancias. También hubo una marcada divergencia de opiniones en cuanto a si las circunstancias que según sostenían algunos participantes darían lugar a un derecho de “secesión correctiva” estaban efectivamente presentes en Kosovo.

83. La Corte considera que no es necesario resolver esas cuestiones en el presente caso. La Asamblea General ha solicitado la opinión de la Corte sólo acerca de si la declaración de independencia se ajusta al derecho internacional o no. En cambio, los debates relativos a la extensión del derecho a la libre determinación y a la existencia de un derecho de “secesión correctiva” conciernen al derecho a separarse de un Estado. Como ya ha señalado la Corte (véanse los párrafos 49 a 56 *supra*), y como convinieron casi todos los participantes, esa cuestión está fuera del alcance de la cuestión planteada por la Asamblea General. Para dar respuesta a esa cuestión, la Corte sólo necesita determinar si la declaración de independencia violó el derecho internacional general o la *lex specialis* creada por la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad.

*

84. Por las razones ya expresadas, la Corte considera que el derecho internacional general no contiene ninguna prohibición de declaraciones de independencia que sea aplicable. Concordantemente, concluye que la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no violó el derecho internacional general. Habiendo llegado a esa conclusión, la Corte pasa ahora a considerar la pertinencia jurídica de la resolución 1244 del Consejo de Seguridad, aprobada el 10 de junio de 1999.

B. La resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y el Marco Constitucional de la UNMIK creado con arreglo a ella

85. Dentro del marco jurídico de la Carta de las Naciones Unidas, en particular sobre la base de los Artículos 24 y 25 y el Capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad puede aprobar resoluciones que impongan obligaciones con arreglo al derecho internacional. La Corte ha tenido ocasión de interpretar y aplicar tales resoluciones del Consejo de Seguridad en varias ocasiones y las ha tratado constantemente como parte del marco de las obligaciones existentes en el derecho internacional (*Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1971, pág. 16*); *Cuestiones relacionadas con la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971, planteadas de resultados del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. el Reino Unido), Medidas provisionales, providencia de 14 de abril de 1992, I.C.J. Reports 1992, pág. 15, párrs. 39 a 41*; *Cuestiones relacionadas con la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971, planteadas de resultados del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. los Estados Unidos de América), Medidas provisionales, providencia de 14 de abril de 1992, I.C.J. Reports 1992, págs. 126 y 127, párrs. 42 a 44*). La resolución 1244 (1999) fue expresamente aprobada por el Consejo de Seguridad sobre la base del

Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, y por consiguiente impone claramente obligaciones jurídicas internacionales. La Corte señala que ninguno de los participantes ha cuestionado el hecho de que la resolución 1244 (1999), que se refiere específicamente a la situación en Kosovo, forma parte del derecho pertinente en la presente situación.

86. La Corte señala que el Consejo de Seguridad aprobó varias otras resoluciones sobre la cuestión de Kosovo, en particular las resoluciones 1160 (1998), 1199 (1998), 1203 (1998) y 1239 (1999); sin embargo, la Corte no considera necesario pronunciarse específicamente sobre las resoluciones del Consejo de Seguridad aprobadas antes de la resolución 1244 (1999), las cuales, en todo caso, fueron recordadas en el segundo párrafo del preámbulo de esta última.

*

87. Varios de los participantes se han referido a la cuestión de si los reglamentos promulgados en nombre de la UNMIK por el Representante Especial del Secretario General, en particular el Marco Constitucional (véase el párrafo 62 *supra*), también forman parte del derecho internacional aplicable en el sentido de la solicitud de la Asamblea General.

88. En particular, se ha argumentado ante la Corte que el Marco Constitucional es un acto cuyo carácter es de derecho interno y no de derecho internacional. De conformidad con ese argumento, el Marco Constitucional no formaría parte del derecho internacional aplicable en el presente caso y en consecuencia la cuestión de la compatibilidad de la declaración de independencia con dicho Marco estaría fuera del alcance de la solicitud de la Asamblea General.

La Corte observa que los reglamentos de la UNMIK, incluido el reglamento 2001/9, que promulgó el Marco Constitucional, son adoptados por el Representante Especial del Secretario General sobre la base de la competencia derivada de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, en particular sus párrafos 6, 10 y 11, y por lo tanto, en último término, de la Carta de las Naciones Unidas. El Marco Constitucional deriva su fuerza vinculante del carácter vinculante de la resolución 1244 (1999) y por lo tanto del derecho internacional. Por consiguiente, en ese sentido posee un carácter jurídico internacional.

89. Al mismo tiempo, la Corte observa que el Marco Constitucional funciona como parte de un orden jurídico específico, creado en virtud de la resolución 1244 (1999), que es aplicable sólo en Kosovo y cuyo fin es regular, durante la fase provisional establecida por la resolución 1244 (1999), asuntos que ordinariamente serían objeto del derecho interno, y no del derecho internacional. El reglamento 2001/9 se inicia con la declaración de que el Marco Constitucional fue promulgado

“[a] los efectos de desarrollar un gobierno autónomo sustancial en Kosovo a la espera de una solución definitiva, y establecer instituciones provisionales de autogobierno en las esferas legislativa, ejecutiva y judicial mediante participación del pueblo de Kosovo en elecciones libres e imparciales”.

Por consiguiente, el Marco Constitucional entró en vigor como parte del conjunto normativo adoptado para la administración de Kosovo durante la fase provisional. Las instituciones que creó estaban facultadas por el Marco Constitucional para tomar decisiones que entraban en vigor dentro de dicho conjunto normativo. En particular, la Asamblea de Kosovo estaba facultada para

aprobar leyes que tendrían fuerza jurídica dentro de ese orden jurídico, siempre con sujeción a la autoridad superior del Representante Especial del Secretario General.

90. La Corte señala que tanto la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad como el Marco Constitucional atribuían al Representante Especial del Secretario General considerables poderes de supervisión con respecto a las instituciones provisionales de autogobierno establecidas bajo la autoridad de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo. Como se señaló *supra* (véase el párrafo 58), la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad prevé “una administración provisional [para Kosovo]... que constituya una administración de transición al tiempo que establezca y supervise las instituciones provisionales de gobierno democrático autónomo” (párr. 10). La resolución 1244 (1999) dice asimismo que “entre las principales responsabilidades de la presencia internacional civil figur[arán]... [o]rganizar y supervisar el desarrollo de instituciones provisionales de autogobierno democrático y autónomo hasta que se llegue a una solución política, incluida la celebración de elecciones” (párrafo 11 *c*). Análogamente, como se ha descrito *supra* (véase el párrafo 62), con arreglo al Marco Constitucional, las instituciones provisionales de autogobierno debían funcionar en conjunción con el Representante Especial del Secretario General, y con sujeción a la dirección de éste, en la aplicación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad.

91. La Corte señala que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y el Marco Constitucional todavía estaban en vigor y eran aplicables al 17 de febrero de 2008. El párrafo 19 de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad dispone expresamente que “las presencias internacionales civil y de seguridad se establezcan por un período inicial de 12 meses, y se mantengan después hasta que el Consejo de Seguridad decida otra cosa”. El Consejo de Seguridad no adoptó ninguna decisión por la que se enmendara la resolución 1244 (1999) en la sesión que celebró el 18 de febrero de 2008, cuando la declaración de independencia fue examinada por primera vez, ni en ninguna sesión posterior. La Declaración de la Presidencia de 26 de noviembre de 2008 (S/PRST/2008/44) simplemente “acog[ió] con beneplácito la cooperación entre las Naciones Unidas y otras instancias internacionales, *en el marco de su resolución 1244 (1999)*” (cursivas añadidas). Además, de conformidad con el párrafo 21 de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, el Consejo de Seguridad decidió “seguir ocupándose activamente de la cuestión” y mantuvo en su orden del día el tema “Resoluciones del Consejo de Seguridad 1160 (1998), 1199 (1998), 1203 (1998), 1239 (1999) y 1244 (1999)” (véase, como ejemplo más reciente, Informe del Consejo de Seguridad, 1 de agosto de 2008-31 de julio de 2009, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 2*, págs. 39 y ss. y 132 y ss.). Además, el Capítulo 14.3 del Marco Constitucional establece que “[e]l Representante Especial del Secretario General... podrá introducir enmiendas al presente Marco Constitucional”. Se introdujeron algunas enmiendas de menor importancia en virtud de los reglamentos de la Misión UNMIK/REG/2002/9, de 3 de mayo de 2002; UNMIK/REG/2007/29, de 4 de octubre de 2007; UNMIK/REG/2008/1, de 8 de enero de 2008, y UNMIK/REG/2008/9, de 8 de febrero de 2008. Por último, ni la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad ni el Marco Constitucional contienen una cláusula que prevea su terminación, y ninguno de ellos ha sido derogado; por consiguiente, constituían el derecho internacional aplicable a la situación existente en Kosovo el 17 de febrero de 2008.

92. Además, el Representante Especial del Secretario General sigue ejerciendo sus funciones en Kosovo. Asimismo, el Secretario General ha continuado presentando informes periódicos al Consejo de Seguridad, según lo dispuesto por el párrafo 20 de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad (véase el más reciente informe trimestral

del Secretario General sobre la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo, S/2010/169, 6 de abril de 2010, así como los anteriores informes S/2008/692, de 24 de noviembre de 2008; S/2009/149, de 17 de marzo de 2009; S/2009/300, de 10 de junio de 2009; S/2009/497, de 30 de septiembre de 2009, y S/2010/5, de 5 de enero de 2010).

93. Sobre la base de lo que antecede, la Corte concluye que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y el Marco Constitucional forman parte del derecho internacional que ha de considerarse para dar respuesta a la cuestión planteada por la Asamblea General en su solicitud de opinión consultiva.

1. Interpretación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad

94. Antes de seguir adelante, la Corte debe recordar varios factores pertinentes para la interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad. Si bien las normas sobre interpretación de los tratados contenidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados pueden brindar una orientación, las diferencias entre las resoluciones del Consejo de Seguridad y los tratados significan que la interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad también requiere que se tengan en cuenta otros factores. Las resoluciones del Consejo de Seguridad son dictadas por un solo órgano colectivo y son redactadas mediante un proceso muy diferente del que se emplea para la concertación de un tratado. Las resoluciones del Consejo de Seguridad son producto de un proceso de votación previsto en el Artículo 27 de la Carta, y el texto definitivo de dichas resoluciones representa la opinión del Consejo de Seguridad como cuerpo. Asimismo, las resoluciones del Consejo de Seguridad pueden ser obligatorias para todos los Estados Miembros (*Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, *Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1971*, pág. 54, párr. 116), independientemente de si tuvieron alguna participación en su formulación. La interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad puede exigir que la Corte analice las declaraciones de los representantes de los miembros del Consejo de Seguridad hechas en el momento de su aprobación, otras resoluciones del Consejo de Seguridad sobre la misma cuestión, así como la práctica posterior de los órganos pertinentes de las Naciones Unidas y de los Estados afectados por esas resoluciones.

*

95. La Corte en primer lugar señala que la resolución 1244 (1999) debe leerse en conjunción con los principios generales enunciados en sus anexos 1 y 2, pues en la propia resolución el Consejo de Seguridad: “1. *Decid[ió]* que la solución política de la crisis de Kosovo se bas[ara] en los principios generales que figura[ban] en el anexo 1 y se refin[ara] más adelante con arreglo a los principios y demás elementos necesarios enunciados en el anexo 2.” Dichos principios generales procuraban desactivar la crisis de Kosovo, en primer lugar poniendo fin a la violencia y la represión en Kosovo y estableciendo una administración provisional. También se preveía una solución a largo plazo, pues la resolución 1244 (1999) debía iniciar

“[u]n proceso político para establecer un acuerdo político provisional general en el que se prevean un gobierno autónomo sustancial para Kosovo, teniendo en cuenta plenamente los acuerdos de Rambouillet y los principios de soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia y de los demás países de la región, y la desmilitarización del Ejército de Liberación de Kosovo” (resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de 10 de junio de 1999, Anexo

1, sexto principio; *ibíd.*, Anexo 2, párr. 8).

Asimismo, cabe recordar que en el décimo párrafo del preámbulo de la resolución 1244 (1999) también se recordaba la soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia.

96. Habiendo reseñado anteriormente las principales características de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad (véanse los párrafos 58 y 59), la Corte observa a continuación que tres rasgos distintos de dicha resolución son pertinentes para discernir su objeto y fin.

97. En primer lugar, la resolución 1244 (1999) establece una presencia internacional civil y de seguridad en Kosovo con plena autoridad civil y política y responsabilidad exclusiva por la gobernanza de Kosovo. Como se ha descrito *supra* (véase el párrafo 60), el 12 de junio de 1999 el Secretario General presentó al Consejo de Seguridad su marco operacional preliminar para la organización general de la presencia civil dentro de la UNMIK. El 25 de julio de 1999, el Representante Especial del Secretario General promulgó el reglamento 1999/1 de la UNMIK, que se entendería como entrado en vigor a partir del 10 de junio de 1999, fecha de aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad. En virtud de dicho reglamento, “[t]oda la autoridad legislativa y ejecutiva con respecto a Kosovo, incluida la administración de justicia”, quedaba atribuida a la UNMIK y sería ejercida por el Representante Especial del Secretario General. Por consiguiente, considerados en conjunto, la resolución 1244 (1999) y el reglamento 1999/1 de la UNMIK tenían el efecto de sustituir al orden jurídico en vigor en ese momento en el territorio de Kosovo y establecer una administración territorial internacional. Por tal razón, el establecimiento de las presencias civil y de seguridad en Kosovo desplegadas en virtud de la resolución 1244 (1999) debe entenderse como una medida excepcional relativa a los aspectos civil, político y de seguridad y encaminada a hacer frente a la crisis existente en ese territorio en 1999.

98. En segundo lugar, la solución contenida en la resolución 1244 (1999), a saber, la puesta en funcionamiento de una administración territorial internacional provisional, había sido concebida para fines humanitarios: para servir como medio para la estabilización de Kosovo y para el restablecimiento de un orden público básico en una zona aquejada por una crisis. Ello resulta notorio en el texto de la propia resolución 1244 (1999) que, en el segundo párrafo de su preámbulo, recuerda la resolución 1239 (1999) del Consejo de Seguridad, aprobada el 14 de mayo de 1999, en la cual el Consejo de Seguridad había expresado su “grave preocupación por la catástrofe humanitaria que [tenía] lugar en Kosovo (República Federativa de Yugoslavia) y zonas adyacentes”. Las prioridades que se determinan en el párrafo 11 de la resolución 1244 (1999) fueron enunciadas más detalladamente en los llamados “cuatro pilares” relativos a la gobernanza de Kosovo descritos en el Informe del Secretario General de 12 de junio de 1999 (párrafo 60 *supra*). Al hacer hincapié en esos “cuatro pilares”, a saber, administración civil provisional, asuntos humanitarios, fomento institucional y reconstrucción, y al asignar responsabilidad por esos componentes básicos a distintos organismos y organizaciones internacionales, la resolución 1244 (1999) tenía claramente la intención de lograr la estabilización y la reconstrucción. La administración provisional en Kosovo fue concebida de modo de suspender temporalmente el ejercicio por parte de Serbia de su autoridad derivada de la continuidad de su soberanía sobre el territorio de Kosovo. El fin del régimen jurídico establecido con arreglo a la resolución 1244 (1999) era establecer, organizar y supervisar el desarrollo de instituciones locales de autogobierno en Kosovo bajo la égida de la presencia internacional provisional.

99. En tercer lugar, la resolución 1244 (1999) establece claramente un régimen provisional; no puede entenderse en el sentido de que establece un marco institucional permanente en el territorio de Kosovo. Dicha resolución dio a la UNMIK un mandato que consistía simplemente en facilitar la deseada solución negociada para el estatuto futuro de Kosovo, sin prejuzgar el resultado del proceso de negociación.

100. Así pues, la Corte concluye que el objeto y el fin de la resolución 1244 (1999) era establecer un régimen jurídico temporal y excepcional que, salvo en la medida en que expresamente lo preservara, sustituía al orden jurídico serbio, cuyo propósito era lograr la estabilización de Kosovo, y que estaba concebido para hacerlo con carácter provisional.

2. La cuestión de si la declaración de independencia se ajusta a la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y a las medidas adoptadas con arreglo a dicha resolución

101. La Corte considerará ahora la cuestión de si la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, o las medidas adoptadas con arreglo a dicha resolución, introdujeron una prohibición específica de emitir una declaración de independencia, aplicable a quienes adoptaron la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008. A fin de dar respuesta a esta cuestión, como se explicó en el párrafo 52 *supra*, es necesario que la Corte comience por determinar precisamente quién emitió esa declaración.

a) La identidad de los autores de la declaración de independencia

102. La Corte necesita determinar si la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 fue un acto de la “Asamblea de Kosovo”, una de las instituciones provisionales de autogobierno establecidas en virtud del Capítulo 9 del Marco Constitucional, o si quienes adoptaron la declaración estaban actuando en una calidad diferente.

103. La Corte señala que se han expresado distintas opiniones en relación con dicha cuestión. Por un lado, se ha sugerido en el procedimiento ante la Corte que la sesión en la que se adoptó la declaración era una sesión de la Asamblea de Kosovo, actuando como una de las instituciones provisionales de autogobierno dentro de los límites del Marco Constitucional. Otros participantes han observado que tanto el texto del documento como las circunstancias en las que fue adoptado indican claramente que la declaración de 17 de febrero de 2008 no fue obra de las instituciones provisionales de autogobierno y no surtió efectos dentro del marco jurídico creado para el gobierno de Kosovo durante la fase provisional.

104. La Corte señala que, al abrirse la sesión de 17 de febrero de 2008 en la que se adoptó la declaración de independencia, el Presidente de la Asamblea y el Primer Ministro de Kosovo hicieron referencia a la Asamblea de Kosovo y al Marco Constitucional. Sin embargo, la Corte considera que la declaración de independencia debe verse en su contexto más amplio, teniendo en cuenta los acontecimientos que precedieron a su adopción, en particular en relación con el llamado “proceso relativo al estatuto definitivo” (véanse los párrafos 64 a 73). La resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad se ocupó principalmente de establecer un marco provisional de autogobierno para Kosovo (véase el párrafo 58 *supra*). Aun cuando, en el momento de la aprobación de la resolución, se esperaba que el estatuto definitivo de Kosovo fluyera del marco establecido por la resolución, y se desarrollara dentro de dicho marco, la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad dejaba abiertos los rasgos específicos del proceso relativo al estatuto definitivo, y más aún el resultado de ese proceso. Concordantemente, su párrafo 11, especialmente en los apartados *d)*, *e)* y *f)*, sólo se refiere a las cuestiones relativas al

estatuto definitivo en la medida en que entre las responsabilidades de la UNMIK se incluyen las de “[f]acilitar un proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo, teniendo en cuenta los acuerdos de Rambouillet” y, “[e]n una etapa final, supervisar el traspaso de autoridad de las instituciones provisionales de Kosovo a las instituciones que se establezcan conforme a una solución política”.

105. La declaración de independencia refleja la conciencia que tenían sus autores de que las negociaciones sobre el estatuto definitivo habían fracasado y que se había llegado a un momento crítico para el futuro de Kosovo. El Preámbulo de la declaración se refiere a “los años de negociaciones con patrocinio internacional entre Belgrado y Pristina sobre la cuestión de nuestro estatuto político futuro” y expresamente pone a la declaración en el contexto del fracaso de las negociaciones sobre el estatuto definitivo, en la medida en que dice que “no era posible llegar a un resultado mutuamente aceptable acerca del estatuto” (párrafos décimo y undécimo del preámbulo). Partiendo de allí, los autores de la declaración de independencia ponen de relieve su determinación de “resolver” el estatuto de Kosovo y dar al pueblo de Kosovo “claridad sobre su futuro” (décimo tercer párrafo del preámbulo). Dichos términos indican que los autores de la declaración no trataban de actuar dentro del marco normal de la autoadministración provisional de Kosovo, sino que se proponían establecer a Kosovo “como un Estado independiente y soberano” (párr. 1). Por consiguiente, la declaración de independencia no fue concebida por quienes la adoptaron para surtir efectos dentro del orden jurídico creado para la fase provisional, y no tenía la capacidad para ello. Por el contrario, la Corte considera que los autores de dicha declaración no actuaron, ni tuvieron la intención de actuar, en calidad de institución creada por ese orden jurídico y facultada para actuar dentro de él, sino que se propusieron adoptar una medida cuyo significado y cuyos efectos estarían fuera de aquel orden.

106. Dicha conclusión se ve reforzada por el hecho de que los autores de la declaración se comprometieron a cumplir las obligaciones internacionales de Kosovo, en particular las creadas para Kosovo por la UNMIK (declaración de independencia, párr. 9), y expresa y solemnemente declararon que Kosovo estaría obligado frente a terceros Estados por los compromisos asumidos en la declaración (ibíd., párr. 12). En contraste, con arreglo al régimen del Marco Constitucional, todos los asuntos relacionados con la gestión de las relaciones exteriores de Kosovo eran una prerrogativa exclusiva del Representante Especial del Secretario General:

- “m) concertar acuerdos con Estados y organizaciones internacionales en todos los asuntos comprendidos dentro del alcance de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad;
- n) supervisar el cumplimiento de los compromisos incluidos en acuerdos internacionales concertados en nombre de la UNMIK;
- o) relaciones exteriores, incluso con Estados y organizaciones internacionales . . .” (Cap. 8.1 del Marco Constitucional, “Poderes y responsabilidades reservados al Representante Especial del Secretario General”),

y el Representante Especial del Secretario General sólo consultaba y cooperaba con las instituciones provisionales de autogobierno en esos asuntos.

107. Determinados rasgos del texto de la declaración y las circunstancias de su adopción también apuntan a la misma conclusión. En ninguna parte del texto original en albanés de la declaración (que es el único texto auténtico) se hace referencia a que la declaración es obra de la Asamblea de Kosovo. Las palabras “Asamblea de Kosovo” aparecen en el encabezamiento de la declaración sólo en las traducciones al francés y al inglés contenidas

en el expediente presentado en nombre del Secretario General. El lenguaje empleado en la declaración difiere del empleado en los actos de la Asamblea de Kosovo en que el primer párrafo comienza con la frase “Nosotros, los dirigentes democráticamente elegidos de nuestro pueblo...”, mientras que en los actos de la Asamblea de Kosovo se emplea la tercera persona del singular.

Asimismo, el procedimiento empleado en relación con la declaración difirió del empleado por la Asamblea de Kosovo para la adopción de leyes. En particular, la declaración fue firmada por todos los que estaban presentes cuando fue adoptada, incluso por el Presidente de Kosovo, que (como se señaló en el párrafo 76 *supra*) no era miembro de la Asamblea de Kosovo. De hecho, la autorreferencia de las personas que adoptaron la declaración de independencia como “los dirigentes democráticamente elegidos de nuestro pueblo” precede inmediatamente a la propia declaración de independencia dentro del texto (“por la presente declaramos que Kosovo es un Estado independiente y soberano”; párr. 1). También es digno de señalar que la declaración no fue transmitida al Representante Especial del Secretario General para su publicación en la Gaceta Oficial.

108. La reacción del Representante Especial del Secretario General ante la declaración de independencia también tiene alguna importancia. El Marco Constitucional daba al Representante Especial el poder de supervisar los actos de las instituciones provisionales de autogobierno y, en determinadas circunstancias, anularlos. En ocasiones anteriores, en particular en el período comprendido entre 2002 y 2005, cuando la Asamblea de Kosovo tomó iniciativas para promover la independencia de Kosovo, el Representante Especial había calificado a varios actos como incompatibles con el Marco Constitucional fundándose en que se consideraba que estaban “fuera del ámbito de competencia [de la Asamblea]” (expediente de las Naciones Unidas núm. 189, 7 de febrero de 2003) y por consiguiente fuera de los poderes de la Asamblea de Kosovo.

El silencio del Representante Especial del Secretario General frente a la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 sugiere que no consideraba que la declaración fuera un acto de las instituciones provisionales de autogobierno destinado a surtir efectos dentro del orden jurídico de cuya supervisión él era responsable. Como indica la práctica, habría tenido el deber de tomar medidas con respecto a actos de la Asamblea de Kosovo que hubiese considerado *ultra vires*.

La Corte acepta que en el Informe del Secretario General sobre la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo, presentado al Consejo de Seguridad el 28 de marzo de 2008, se dijo que la Asamblea de Kosovo celebró una sesión durante la cual “aprobó una declaración de independencia en que se declaraba que Kosovo era un Estado independiente y soberano” (documento de las Naciones Unidas S/2008/211, párr. 3). Se trataba del informe periódico normal sobre las actividades de la UNMIK, cuyo fin era informar al Consejo de Seguridad de los nuevos acontecimientos en Kosovo; su intención no era hacer un análisis jurídico de la declaración o de la calidad en que habían actuado quienes la adoptaron.

109. En consecuencia, la Corte llega a la conclusión de que, tomando a todos los factores en su conjunto, los autores de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no actuaron como una de las instituciones provisionales de autogobierno dentro del Marco Constitucional, sino como personas que actuaban en conjunto en su calidad de representantes del pueblo de Kosovo fuera del marco de la administración provisional.

b) *La cuestión de si los autores de la declaración de independencia actuaron en violación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad o las medidas adoptadas con arreglo a dicha resolución*

110. Habiendo establecido la identidad de los autores de la declaración de independencia, la Corte pasa a la cuestión de si su acto de promulgación de la declaración fue contrario a alguna prohibición contenida en la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad o en el Marco Constitucional adoptado con arreglo a ella.

111. La Corte recuerda que esta cuestión ha sido un punto controvertido en el presente procedimiento. Algunos participantes en el procedimiento han sostenido que la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 fue un intento unilateral de poner fin a la presencia internacional establecida por la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, un resultado que, según se dice, sólo podía haber sido producido mediante una decisión del propio Consejo de Seguridad. También se ha argumentado que sólo se podía lograr un arreglo permanente para Kosovo por acuerdo de todas las partes involucradas (en particular comprendiendo el consentimiento de la República de Serbia) o por una resolución específica del Consejo de Seguridad que aprobase un estatuto definitivo específico para Kosovo, según lo previsto en los Principios rectores del Grupo de Contacto. De conformidad con esta opinión, la acción unilateral de los autores de la declaración de independencia no puede conciliarse con la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y por lo tanto constituye una violación de dicha resolución.

112. Otros participantes han expresado a la Corte que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad no impedía ni excluía la posibilidad de la independencia de Kosovo. Argumentaron que la resolución sólo regula la administración provisional de Kosovo, pero no su estatuto definitivo o permanente. En particular, se formuló el argumento de que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad no creaba obligaciones con arreglo al derecho internacional que prohibieran la emisión de una declaración de independencia o la hicieran inválida, y no hace que los autores de la declaración de independencia sean sus destinatarios. De conformidad con dicha posición, si el Consejo de Seguridad hubiese querido excluir una declaración de independencia, lo habría hecho en términos claros e inequívocos en el texto de la resolución, como lo hizo en la resolución 787 (1992) relativa a la República Srpska. Además, se argumentó que las referencias hechas en los anexos de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad a los acuerdos de Rambouillet y por consiguiente indirectamente a la “voluntad del pueblo” (véase el Capítulo 8.3 de los acuerdos de Rambouillet) de Kosovo, respaldan la opinión de que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad no sólo no se oponía a la declaración de independencia, sino que de hecho la contemplaba. Otros participantes sostuvieron que por lo menos una vez que el proceso de negociaciones se había agotado, la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad ya no constituía un obstáculo para una declaración de independencia.

*

113. La cuestión de si la resolución 1244 (1999) prohíbe a los autores de la declaración de 17 de febrero de 2008 declarar la independencia de la República de Serbia sólo puede ser contestada mediante una cuidadosa lectura de dicha resolución (véanse párrs. 94 y ss.).

114. En primer lugar, la Corte observa que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad tenía esencialmente la finalidad de crear un régimen provisional para Kosovo, con miras a canalizar el proceso político a largo plazo encaminado a establecer su estatuto definitivo. La resolución no contenía disposición alguna relativa al estatuto definitivo de

Kosovo ni a las condiciones para poder llegar a establecerlo.

A este respecto, la Corte señala que la práctica contemporánea del Consejo de Seguridad indica que en las situaciones en las que el Consejo de Seguridad ha decidido establecer condiciones restrictivas para el estatuto permanente de un territorio, dichas condiciones se han especificado en la resolución pertinente. Por ejemplo, si bien las circunstancias de hecho diferían de la situación en Kosovo, sólo 19 días después de la aprobación de la resolución 1244 (1999), el Consejo de Seguridad, en su resolución 1251 (1999), de 29 de junio de 1999, reafirmó su posición de que a “todo acuerdo sobre Chipre deberá fundarse en un Estado de Chipre dotado de una soberanía y de una personalidad internacional únicas, que entrañe una ciudadanía única, cuya independencia e integridad territorial estén garantizadas” (párr. 11). Así pues, el Consejo de Seguridad estableció las condiciones específicas relativas al estatuto permanente de Chipre.

En contraste, según los términos de la resolución 1244 (1999), el Consejo de Seguridad no se reservó para sí la determinación final de la situación en Kosovo y mantuvo silencio acerca de las condiciones para el estatuto definitivo de Kosovo.

Así pues, la resolución 1244 (1999) no impide la emisión de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008, porque ambos instrumentos operan en niveles diferentes: a diferencia de la resolución 1244 (1999), la declaración de independencia es un intento de determinar definitivamente el estatuto de Kosovo.

115. En segundo lugar, pasando a la cuestión de los destinatarios de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, como se ha descrito *supra* (véase el párrafo 58), dicha resolución establece un marco general para “desplegar en Kosovo, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, presencias internacionales, una civil y otra de seguridad” (párr. 5). Su objeto principal es crear obligaciones y autorizaciones para los Estados Miembros de las Naciones Unidas, así como para los órganos de las Naciones Unidas tales como el Secretario General y su Representante Especial (véanse en particular los párrafos 3, 5, 6, 7, 9, 10 y 11 de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad). El único punto en el cual la resolución 1244 (1999) menciona expresamente a otros actores se relaciona con la exigencia del Consejo de Seguridad, por un lado, de “que el Ejército de Liberación de Kosovo y otros grupos armados de albaneses de Kosovo pongan fin inmediatamente a todas las acciones ofensivas y se ajusten a las disposiciones de la desmilitarización” (párr. 15) y, por otro lado, de “la plena cooperación de todos los interesados, incluida la presencia internacional de seguridad, con el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia” (párr. 14). En el texto de la resolución 1244 (1999) no hay indicación alguna de que el Consejo de Seguridad tuviera la intención de imponer, más allá de ello, una obligación específica de actuar o una prohibición de actuar, dirigida a esos otros actores.

116. La Corte recuerda a este respecto que no ha sido inusual que el Consejo de Seguridad formule exigencias dirigidas a actores distintos de los Estados Miembros de las Naciones Unidas y las organizaciones intergubernamentales. Más específicamente, varias de las resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en relación con Kosovo antes de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad contenían exigencias dirigidas *eo nomine* a los dirigentes albaneses de Kosovo. Por ejemplo, la resolución 1160 (1998) “[i]nst[ó] a las autoridades de Belgrado y a los dirigentes de la comunidad albanesa de Kosovo a que, con carácter urgente y sin imponer condiciones, entabl[asen] un diálogo fructífero respecto de las cuestiones de la condición política” (resolución 1160 (1998), párr. 4; cursivas añadidas). La resolución 1199 (1998) incluyó cuatro exigencias separadas para los dirigentes albaneses de Kosovo, a saber, mejorar la situación humanitaria, entablar

un diálogo con la República Federal de Yugoslavia, tratar de alcanzar sus objetivos solamente por medios pacíficos y cooperar plenamente con el Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (resolución 1199 (1998), párrs. 2, 3, 6 y 13). La resolución 1203 (1998) “[e]xigió... que los dirigentes albaneses de Kosovo y todos los demás elementos de la comunidad albanesa de Kosovo cumpl[iesen] plenamente y de inmediato las resoluciones 1160 (1998) y 1199 (1998) y cooper[asen] plenamente con la Misión de Verificación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa en Kosovo” (resolución 1203 (1998), párr. 4). En la misma resolución también se subrayó la necesidad urgente de que “los dirigentes albaneses de Kosovo entabl[asen] inmediatamente un diálogo constructivo sin condiciones previas y con participación internacional, y con arreglo a un calendario preciso que permit[iera] poner fin a la crisis y lograr una solución política negociada de la cuestión de Kosovo”; exigió que “los dirigentes albaneses de Kosovo y todos los demás interesados respeten la libertad de circulación de los integrantes de la Misión de Verificación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y demás personal internacional”; “[i]nsist[ió] en que los dirigentes albaneses de Kosovo conden[asen] todos los actos terroristas”, y exigió que “los dirigentes albaneses de Kosovo tom[asen] medidas inmediatamente para cooperar con las actividades internacionales encaminadas a mejorar la situación humanitaria y prevenir la inminente catástrofe humanitaria” (resolución 1203 (1998), párrs. 5, 6, 10 y 11).

117. Esa referencia a los dirigentes albaneses de Kosovo o a otros actores, a pesar de la referencia más bien general a “todos los interesados” (párr. 14), está ausente en el texto de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad. Al interpretar las resoluciones del Consejo de Seguridad, la Corte debe establecer, caso por caso, considerando todas las circunstancias pertinentes, para quiénes el Consejo de Seguridad tenía la intención de crear obligaciones jurídicas vinculantes. El lenguaje usado por la resolución puede servir como importante indicador a este respecto. El enfoque adoptado por la Corte con respecto al efecto vinculante de las resoluciones del Consejo de Seguridad en general también es, *mutatis mutandis*, pertinente aquí. En ese contexto, la Corte recuerda su anterior declaración según la cual:

“Es preciso analizar cuidadosamente la redacción de una resolución del Consejo de Seguridad antes de llegar a una conclusión acerca de su efecto obligatorio. Habida cuenta de la naturaleza de los poderes conferidos por el Artículo 25, corresponde determinar en cada caso si dichos poderes han sido efectivamente ejercidos, teniendo en consideración los términos de la resolución que ha de interpretarse, los debates que precedieron a su aprobación, las disposiciones de la Carta que se invocaron y, en general, todas las circunstancias que puedan ayudar a determinar las consecuencias jurídicas de la resolución del Consejo de Seguridad.” (*Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1971, pág. 53, párr. 114.*)

118. Teniendo presente lo que antecede, la Corte no puede aceptar el argumento de que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad contiene una prohibición, vinculante para los autores de la declaración de independencia, de que se declare la independencia; y tampoco se puede derivar tal prohibición de la redacción de la resolución entendida en su contexto y considerando su objeto y su fin. La redacción de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad es, en el mejor de los casos, ambigua a este respecto. El objeto y el fin de la resolución, como se ha explicado en detalle (véanse los párrafos 96 a 100), es el

establecimiento de una administración provisional para Kosovo, sin hacer ninguna determinación definitiva acerca de las cuestiones relacionadas con el estatuto definitivo. El texto de la resolución explica que

“entre las principales responsabilidades de la presencia internacional civil figur[an] la de]... [o]rganizar y supervisar el desarrollo de instituciones provisionales de autogobierno democrático y autónomo *hasta que se llegue a una solución política*” (párr. 11 *c*) de la resolución; cursivas añadidas).

La expresión “solución política”, frecuentemente citada en el presente procedimiento, no modifica esa conclusión. En primer lugar, esa referencia se hizo en el contexto de la enumeración de las responsabilidades de la presencia internacional civil, es decir, el Representante Especial del Secretario General en Kosovo y la UNMIK, y no de otros actores. En segundo lugar, como ilustran las opiniones divergentes presentadas a la Corte sobre dicho asunto, la expresión “solución política” se presta a diversas interpretaciones. Por consiguiente, la Corte concluye que esta parte de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad no puede interpretarse en el sentido de que incluye una prohibición, dirigida en particular a los autores de la declaración de 17 de febrero de 2008, de que se declare la independencia.

119. Concordantemente, la Corte determina que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad no impedía que los autores de la declaración de 17 de febrero de 2008 emitieran una declaración de independencia de la República de Serbia. Por ende, la declaración de independencia no violó la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad.

*

120. Por consiguiente, la Corte pasa a considerar la cuestión de si la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 violó el Marco Constitucional establecido bajo los auspicios de la UNMIK. El Capítulo 5 del Marco Constitucional determina los poderes de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo. Varios de los Estados que participaron en el procedimiento seguido ante la Corte argumentaron que la promulgación de una declaración de independencia es un acto que excede los poderes de las instituciones provisionales de autogobierno enunciados en el Marco Constitucional.

121. Sin embargo, la Corte ya ha determinado (véanse los párrafos 102 a 109 *supra*) que la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no fue emitida por las instituciones provisionales de autogobierno, ni fue un acto realizado con la intención de surtir efectos, o que realmente surtiera efectos, dentro del orden jurídico en el que operaban dichas instituciones provisionales. De ello se infiere que los autores de la declaración de independencia no estaban obligados por el marco de poderes y responsabilidades establecidas para gobernar la actuación de las instituciones provisionales de autogobierno. Concordantemente, la Corte determina que la declaración de independencia no violó el Marco Constitucional.

* * *

V. Conclusión general

122. La Corte ha concluido *supra* que la adopción de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no violó el derecho internacional general, la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad ni el Marco Constitucional. Consiguientemente, la adopción de dicha declaración no violó ninguna norma aplicable de derecho internacional.

* * *

123. Por esas razones,

LA CORTE,

1) Por unanimidad,

Determina que tiene competencia para emitir la opinión consultiva solicitada;

2) Por nueve votos contra cinco,

Decide cumplir con la solicitud de opinión consultiva;

VOTOS A FAVOR: *Presidente* Owada; *magistrados* Al-Khasawneh, Buergenthal, Simma, Abraham, Sepúlveda-Amor, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood;

VOTOS EN CONTRA: *Vicepresidente* Tomka; *magistrados* Koroma, Keith, Bennouna, Skotnikov;

3) Por diez votos contra cuatro,

Opina que la declaración de independencia de Kosovo adoptada el 17 de febrero de 2008 no violó el derecho internacional.

VOTOS A FAVOR: *Presidente* Owada; *magistrados* Al-Khasawneh, Buergenthal, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood;

VOTOS EN CONTRA: *Vicepresidente* Tomka; *magistrados* Koroma, Bennouna, Skotnikov.

Hecho en francés y en inglés, siendo auténtica la versión en inglés, en el Palacio de la Paz, la Haya, a los veintidós días de julio de dos mil diez, en dos ejemplares, de los cuales uno se depositará en los archivos de la Corte y el otro se transmitirá al Secretario General de las Naciones Unidas.

(Firmado) Hisashi OWADA,
Presidente.

(Firmado) Philippe COUVREUR,
Secretario.

El Vicepresidente TOMKA anexa una declaración a la opinión consultiva de la Corte; el Magistrado KOROMA anexa una opinión disidente a la opinión consultiva de la Corte; el Magistrado SIMMA anexa una declaración a la opinión consultiva de la Corte; los magistrados KEITH y SEPÚLVEDA-AMOR anexan opiniones separadas a la opinión consultiva de la Corte; los magistrados BENNOUNA y SKOTNIKOV anexan opiniones disidentes a la opinión consultiva de la Corte; los magistrados CANÇADO TRINDADE y YUSUF anexan opiniones separadas a la opinión consultiva de la Corte.

(Rubricado) H. O.

(Rubricado) Ph. C.

Declaración del Vicepresidente Tomka

La Corte debería haber ejercido su discrecionalidad y haberse abstenido de responder a la solicitud de la Asamblea General — El silencio del Consejo de Seguridad no se puede interpretar como si entrañara una aprobación tácita de la declaración — La Asamblea General no tiene “interés suficiente” para solicitar la presente opinión — La Opinión consultiva prejuzga del ejercicio de los poderes del Consejo de Seguridad — La conclusión de la Corte no tiene base en los hechos relacionados con la adopción de la declaración de independencia — Importantes actores de Kosovo y funcionarios de las Naciones Unidas por igual consideraron que la Asamblea de Kosovo fue la autora de la declaración de independencia — El marco jurídico aplicable en Kosovo — La solución definitiva ha de ser determinada por el acuerdo entre las partes o por el Consejo de Seguridad, pero no solamente por una parte.

1. La mayoría de la Corte ha decidido responder a la solicitud de opinión consultiva formulada por la Asamblea General. Ha dado su respuesta, aunque solo después de haber “ajustado” la cuestión. Ese “ajuste” tuvo capital importancia para la respuesta dada; de hecho, fue determinante del resultado. Como admiten los miembros de la mayoría, “[l]a identidad de los autores de la declaración de independencia... es un asunto susceptible de afectar a la respuesta a la cuestión de si la declaración se ajustó al derecho internacional” (Opinión consultiva, párrafo 52). En mi conciencia judicial, aunque tengo pleno conocimiento de las “realidades sobre el terreno”¹, no puedo acompañar a mis colegas de la mayoría en este ejercicio de “ajuste”.

Discrecionalidad y prudencia judicial

2. Éste es un caso en el cual la Corte debería haber ejercido su discrecionalidad para decidir si había de responder a una cuestión planteada ante ella. El Artículo 65 del Estatuto, que dispone que “[l]a Corte *podrá* emitir opiniones consultivas” (en francés dice: “La Cour *peut* donner un avis consultatif” [en inglés: “[t]he Court *may* give a consultative opinion”]) no permite dudar de que la Corte no tiene una obligación jurídica de cumplir con una solicitud. La Corte posee esa discrecionalidad a fin de proteger la integridad de su función judicial y su naturaleza como órgano judicial.

3. Para dar respuesta a la cuestión que se le ha planteado, la Corte no debe sólo interpretar la resolución 1244 del Consejo de Seguridad, sino también hacer una determinación acerca de si un acto adoptado por las instituciones de Kosovo, que ha sido puesto en un régimen de administración territorial internacional, se ajusta o no al marco jurídico aplicable a dicho régimen y rector de él, es decir, la resolución 1244 del Consejo de Seguridad y las medidas adoptadas con arreglo a ella, en particular el Marco Constitucional.

¹ Dichas realidades se describen sucintamente en el Informe del Sr. Ahtisaari, el Enviado Especial del Secretario General sobre el Estatuto futuro de Kosovo (doc. S/2007/168). Lo llevaron, una vez que su esfuerzo por lograr una solución negociada fracasara, a presentar su recomendación: que el estatuto de Kosovo fuera la independencia, supervisada por la comunidad internacional. A pesar de que instó al Consejo de Seguridad a que aprobara su propuesta de solución, no recibió tal aprobación del Consejo.

4. El Consejo de Seguridad, que sigue ocupándose activamente de los asuntos relacionados con Kosovo, no ha hecho tal determinación y su silencio no se puede interpretar como si implicara la aprobación tácita del acto adoptado el 17 de febrero de 2008, o la aquiescencia a dicho acto, habida cuenta de las discrepancias sobre esta cuestión manifestadas públicamente por sus miembros, en particular, sus miembros permanentes². Esas discrepancias persisten y han sido reafirmadas en el curso del presente procedimiento consultivo, tanto en las exposiciones escritas como en las orales.

5. La solicitud de opinión consultiva fue dirigida a la Corte por la Asamblea General. La Asamblea no se ocupó de la situación en Kosovo cuando Serbia formuló una propuesta de que se solicitara una opinión consultiva. Fue necesario incluir un nuevo tema en el programa de la Asamblea General. Ahora, al emitirse la opinión de la mayoría, la Asamblea es libre de examinarla, pero ciertamente mientras el Consejo de Seguridad siga ocupándose activamente de la situación en Kosovo y esté desempeñando sus funciones con respecto a ella, el Artículo 12, párrafo 1, de la Carta impide que la Asamblea General haga recomendación alguna con respecto al estatuto de Kosovo. No logro percibir un “interés suficiente” de la Asamblea para solicitar la opinión y concuerdo con la opinión del magistrado Keith, expresada en su opinión separada, sobre este punto.

6. Mediante la cuestión que le planteó la Asamblea General, la Corte se ha sumergido en las discrepancias existentes sobre esta cuestión en el *Consejo de Seguridad*, que sigue ocupándose activamente del asunto pero no ha pedido ningún asesoramiento a la Corte. Con la respuesta que da la mayoría, la Corte toma partido, pese a que habría sido judicialmente prudente que se hubiese abstenido de hacerlo.

7. Como el ex Presidente de esta Corte, el difunto Manfred Lachs, observó sabiamente en una causa relacionada con una situación en la cual el Consejo de Seguridad había estado ejerciendo activamente sus poderes, igual que en la presente,

“es importante para los propósitos y principios de las Naciones Unidas que los dos órganos principales con poderes específicos de adopción de decisiones obligatorias actúen en armonía — aunque no, desde luego, en concierto — y que cada uno de ellos desempeñe sus funciones con respecto a una situación o controversia, diferentes aspectos de la cual figuran en el programa de cada uno, *sin prejuzgar del ejercicio de los poderes del otro*” (*Cuestiones relacionadas con la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971, planteadas de resultas del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Reino Unido), Medidas provisionales, Providencia de 14 de abril de 1992, I.C.J. Reports 1992, pág. 27; cursivas añadidas*).

8. La respuesta dada por la mayoría a la cuestión planteada por la Asamblea General prejuzga de la determinación, que aún no ha hecho el Consejo de Seguridad, acerca de la conformidad o no de la declaración con la resolución 1244 y el régimen internacional de administración territorial establecido con arreglo a ella.

9. Por consiguiente, en mi opinión, sólo habría sido judicialmente prudente que la Corte respondiera si el pedido de asesoramiento jurídico dirigido a la Corte hubiese provenido del Consejo de Seguridad.

² Véanse las declaraciones de los miembros del Consejo de Seguridad en la sesión celebrada el 18 de febrero de 2008, que fue convocada unas 24 horas después de la adopción de la declaración de independencia (doc. S/PV.5839, passim).

La cuestión

10. El texto de la cuestión planteada a la Corte, aprobada por la Asamblea General en su resolución 63/3, es el siguiente: “¿Se ajusta al derecho internacional la declaración unilateral de independencia formulada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo?” La cuestión “está formulada claramente” y es “estrecha y específica” (Opinión consultiva, párrafo 51). Por consiguiente, no había necesidad alguna de “ajustar” la cuestión, aunque sólo fuera por el resultado buscado.

11. La mayoría, en su opinión, llega a la conclusión de que

“tomando a todos los factores en su conjunto, los autores de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no actuaron como una de las instituciones provisionales de autogobierno dentro del Marco Constitucional, sino como personas que actuaban en conjunto en su calidad de representantes del pueblo de Kosovo fuera del marco de la administración provisional.” (Opinión consultiva, párrafo 109).

12. Esa conclusión no tiene una base sólida en los hechos relacionados con la adopción de la declaración, y no es más que una construcción intelectual *post hoc*. La conclusión de la mayoría implica que todos los actores pertinentes no sabían correctamente quién había adoptado la declaración el 17 de febrero de 2008 en Pristina: Serbia, cuando propuso la cuestión; los demás Estados que estaban presentes en la Asamblea General cuando aprobó la resolución 63/3; el Secretario General de las Naciones Unidas y su Representante Especial, y, lo que es más importante, el Primer Ministro de Kosovo cuando presentó el texto de la declaración en la sesión extraordinaria de la Asamblea de Kosovo!

13. El Ministro de Relaciones Exteriores de Serbia dirigió al Secretario General de las Naciones Unidas una carta, de fecha 15 de agosto de 2008, en la que pidió que se incluyera en el programa del sexagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General de un tema suplementario titulado “Solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia respecto de si la declaración unilateral de independencia de Kosovo se ajusta al derecho internacional”. En el memorando explicativo adjunto a su carta, comienza con el párrafo siguiente:

“*Las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo*, una provincia de la República de Serbia sujeta a la administración de las Naciones Unidas con arreglo a la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, declararon unilateralmente la independencia el 17 de febrero de 2008.” (A/63/195, Apéndice; cursivas añadidas.)

14. La carta fue circulada como documento oficial por la Secretaría de las Naciones Unidas el 22 de agosto de 2008. La cuestión fue considerada y la resolución 63/3 fue aprobada por la Asamblea General el 8 de octubre de 2008. Así pues, los Estados Miembros de las Naciones Unidas tuvieron unas siete semanas para considerar la solicitud de Serbia y su memorando explicativo. Ninguno de los demás 191 Estados Miembros contravirtió la identificación hecha por Serbia de “las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo” como las que habían adoptado la declaración de independencia el 17 de febrero de 2008.

15. El 1 de octubre de 2008, el Representante Permanente del Reino Unido, que es bien conocido por sus sumamente competentes y valiosos servicios jurídicos

internacionales en el Ministerio de Relaciones Exteriores de su país, escribió una carta al Presidente de la Asamblea General (A/63/461). Con referencia al tema 71 del programa, “Solicitud de una opinión consultiva”, y al proyecto de resolución presentado por Serbia (A/63/L.2), “[a] fin de asistir en el examen de este tema, el Reino Unido... presente[ó] una nota sobre cuestiones pertinentes..., en la que se plantea[ban] varias cuestiones que quizá qui[sieran] tener en consideración los miembros de la Asamblea General”. En ninguna parte de dicha Nota sobre cuestiones pertinentes se expresaba duda alguna acerca de que la declaración había sido adoptada por las instituciones provisionales. Efectivamente, la Nota sobre cuestiones pertinentes comienza señalando que

“[e]l tema del programa propuesto por Serbia solicita una opinión consultiva sobre la cuestión de si la “declaración unilateral de independencia de Kosovo se ajusta al derecho internacional” y luego lo contrapone con la pregunta formulada en el proyecto de resolución, si “se ajusta al derecho internacional la declaración unilateral de independencia de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo””.

En la Nota se expresa la opinión de que

“[s]ería útil saber si Serbia está tratando de centrar la atención en una cuestión más limitada sobre la *competencia de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo* y, en caso afirmativo, determinar exactamente en qué forma esa cuestión se relaciona con el estatuto actual de Kosovo.” (A/63/461, pág. 4, párr. 7; cursivas añadidas).

Así pues, no cabe duda alguna de que en octubre de 2008, unos ocho meses después de la adopción de la declaración, el Reino Unido consideraba que las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo eran quienes habían adoptado la declaración. De no ser así, no habría tenido sentido que preguntara si la solicitud se refería a “una cuestión más limitada sobre la *competencia de las instituciones provisionales de autogobierno*”.

16. La pregunta formulada a la Corte fue aprobada tal como estaba contenida en el proyecto de resolución (A/63/L.2), es decir, mencionando específicamente a las instituciones provisionales de autogobierno. El proyecto fue presentado en la Asamblea General por el Ministro de Relaciones Exteriores de Serbia. Mencionó expresamente que “*las instituciones provisionales... de Kosovo y Metohija* declararon unilateralmente su independencia” (A/63/PV.22, pág. 1; cursivas añadidas). Ninguna de las delegaciones que participaron en el debate controvertió que la declaración hubiera sido adoptada por las instituciones provisionales de autogobierno. Por el contrario, el Representante Permanente del Reino Unido dijo que “la *Asamblea de Kosovo* declaró la independencia de Kosovo” (ibíd., pág. 3; cursivas añadidas). La delegada de los Estados Unidos se refirió a “la declaración de independencia de *las instituciones provisionales del Gobierno autónomo de Kosovo*” (ibíd., pág. 5; cursivas añadidas). El Representante Permanente de Francia inició su declaración con la oración siguiente: “El 17 de febrero de 2008, la *Asamblea de Kosovo* declaró la independencia de la República de Kosovo.” (ibíd., pág. 8; cursivas añadidas.) Por último, la propia Asamblea General, en el segundo párrafo del preámbulo de su resolución 63/3, recuerda

“que el 17 de febrero de 2008 *las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo* declararon su independencia de Serbia”.

17. El Secretario General de las Naciones Unidas anunció lo siguiente al Consejo de Seguridad, cuando éste se reunió el 18 de febrero de 2008 para considerar la situación en Kosovo a la luz de la formulación de la declaración de independencia un día antes:

“Ayer mi Representante Especial para Kosovo me informó de que *la Asamblea de las instituciones provisionales de gobierno autónomo* de Kosovo celebró una sesión durante la cual se aprobó [en inglés, “it adopted”] una declaración de independencia, en virtud de la cual se declara a Kosovo Estado independiente y soberano.” (S/PV.5839, pág. 2; cursivas añadidas.)

El Secretario General dijo lo mismo en su primer informe sobre la UNMIK, presentado al Consejo de Seguridad después de la declaración de independencia fue adoptada, en el cual informó al Consejo de que “[e]n una sesión celebrada el 17 de febrero, *la Asamblea* de Kosovo aprobó una declaración de independencia en que se declaraba que Kosovo era un Estado independiente y soberano” (S/2008/211; pág. 1, párr. 3; cursivas añadidas)³.

18. ¿Quién podía haber determinado mejor la calidad en la cual habían actuado quienes adoptaron la declaración en ese momento crucial de la historia de Kosovo que su Primer Ministro, en la solemne declaración en la que presentó el texto de la declaración y lo leyó a los que estaban reunidos? Dijo:

“Hoy, el Presidente de Kosovo y yo, en mi calidad de Primer Ministro de Kosovo, hemos solicitado oficialmente [] al Presidente de la *Asamblea*, Sr. Krasniqi[,] que convoque una *sesión extraordinaria* con dos temas en el orden del día.

La presente invitación a una *sesión extraordinaria* se envía *de conformidad con el Marco Constitucional de Kosovo*, y por ella presentamos dos temas en el orden del día:

1. Declaración de Independencia para Kosovo, y
2. Presentación de los símbolos del Estado de Kosovo⁴.”

El Presidente de la Asamblea de Kosovo también opinaba que estaba presidiendo la sesión de la Asamblea cuando “invit[ó] al Primer Ministro de Kosovo, Sr. Hashim Thaçi, a exponer la justificación de la solicitud de una sesión *extraordinaria* y solemne de la *Asamblea*”⁵.

19. En definitiva, la mayoría tuvo que conceder que el Presidente de la Asamblea de Kosovo y el Primer Ministro de Kosovo “hicieron referencia a la Asamblea de Kosovo y al Marco Constitucional” (Opinión consultiva, párrafo 104), al paso que mantenían su construcción intelectual de que los autores de la declaración “actuaban en conjunto en su calidad de representantes del pueblo de Kosovo fuera del marco de la administración provisional” (ibíd., párrafo 109). Los miembros de la Asamblea, ¿no son “representantes del pueblo de Kosovo”? El Presidente de

³ La mayoría tuvo que “acept[ar]” esta declaración formulada por el Secretario General en su Informe, tratando de minimizar su importancia, diciendo que era sólo el “informe periódico normal sobre las actividades de la UNMIK . . . [cuya] intención no era hacer un análisis jurídico de la declaración o de la calidad en que habían actuado quienes la adoptaron” (Opinión consultiva, el párrafo 108).

⁴ Contribución escrita de la República de Kosovo, 17 de abril de 2009, Anexo 2 – Sesión extraordinaria de la Asamblea de Kosovo celebrada el 17 de febrero de 2008 (Transcripción, pág. 228; cursivas añadidas).

⁵ Ibid., pág. 227; cursivas añadidas.

Kosovo, ¿no es representante del pueblo de Kosovo? Se reunieron, como dijo el Primer Ministro, “de conformidad con el Marco Constitucional de Kosovo”; así pues, deseaban actuar de conformidad con dicho marco y no fuera de él, como afirma la mayoría.

20. Aunque la mayoría emprendió la búsqueda de “[l]a identidad de los autores de la declaración de independencia”⁶, finalmente, “habiendo establecido [su] identidad” (Opinión consultiva, párrafo 110), tal búsqueda no era necesaria, pues su “identidad” es bien conocida y está documentada en el acta de la sesión plenaria extraordinaria de la Asamblea de Kosovo⁷. Tampoco había necesidad alguna de hacer una búsqueda de la “calidad” en que habían actuado quienes adoptaron la declaración (Opinión consultiva, párrafo 109). El Presidente de la Asamblea de Kosovo, que presidió su sesión extraordinaria y dirigió la votación sobre la declaración, anunció el resultado en los términos siguientes:

“Declaro que con todos los votos ‘a favor’ de los miembros presentes, *los Miembros de la Asamblea de Kosovo*, hoy, 17 de febrero de 2008, *han expresado su voluntad* y la voluntad de los ciudadanos de Kosovo, de que Kosovo sea un Estado independiente, soberano y democrático.”⁸

Cada uno de los que firmaron la declaración, además del Presidente de Kosovo, su Primer Ministro y el Presidente de su Asamblea, fue “invit[ado]” a firmarla en su calidad de “miembro de la Asamblea de Kosovo” o “miembro de la Presidencia” de la Asamblea⁹. Estamparon sus firmas al pie de la declaración como miembros de la Asamblea de Kosovo según está confirmado *verbis expresis* en la versión original en papiro de la declaración, en idioma albanés¹⁰. Así pues, la afirmación hecha por la mayoría en la Opinión consultiva de que “[e]n ninguna parte del texto original en albanés de la declaración (que es el único texto auténtico) se hace referencia a que la declaración es obra de la Asamblea de Kosovo” (párrafo 107) es claramente incorrecta, y no respalda la credibilidad de la construcción intelectual de la mayoría.

21. La Asamblea de Kosovo, integrada por sus miembros, el Presidente de Kosovo y su Gobierno, encabezado por el Primer Ministro, constituían, el 17 de febrero de 2008, las *instituciones provisionales de autogobierno*¹¹ de Kosovo, y en conjunto emitieron la declaración. Por consiguiente, la cuestión estaba correctamente formulada en la solicitud de la Asamblea General y no había razón alguna para “ajustarla” y posteriormente modificar el propio título de la causa.

⁶ Véase el título del Cap. IV, Secc. B. 2 a) de la opinión consultiva.

⁷ Véase Transcripción de la sesión plenaria extraordinaria de la Asamblea de Kosovo sobre la declaración de independencia celebrada el 17 de febrero de 2008, en: Contribución escrita de la República de Kosovo, 17 de abril de 2009, Anexo 2, págs. 238 a 245.

⁸ *Ibid.*, pág. 238; cursivas añadidas.

⁹ *Ibid.*, págs. 239 a 245.

¹⁰ Véase *ibid.*, págs. 207 y 209 (el texto en albanés indica: “Deputetët e Kuvendit të Kosovës”, que significa “Diputados de la Asamblea de Kosovo”).

¹¹ Véase Cap. 9 del Marco Constitucional para el establecimiento de un gobierno autónomo provisional. La opinión consultiva confirma que el Marco Constitucional estaba en vigor el 17 de febrero de 2008 (párrafo 91).

Marco jurídico aplicable a Kosovo en el momento de la adopción de la declaración

22. El régimen jurídico internacional en Kosovo se ha regido desde el 10 de junio de 1999 por la resolución 1244 (1999), aprobada por el Consejo de Seguridad actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, y por el Marco Constitucional.

Con arreglo a la resolución 1244 Kosovo fue colocado en una administración territorial internacional. Como resultado de ello, si bien la República Federativa de Yugoslavia seguía siendo el soberano territorial, dejó de ejercer el control efectivo en ese territorio¹².

23. La resolución 1244 del Consejo de Seguridad no desplazó el título de la República Federativa de Yugoslavia respecto del territorio en cuestión. Por el contrario, la resolución dice expresamente, en el párrafo 10 de su preámbulo, que el Consejo de Seguridad reafirma “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, expresada en el Acta Final de Helsinki y en el anexo 2” de dicha resolución. El preámbulo, parte integral de la resolución 1244, es fundamental para determinar el contexto en que se aprobó la resolución y la intención del Consejo de Seguridad cuando la adoptó. Así pues, para interpretar la resolución se debe tener en cuenta el preámbulo.

24. Al establecer una administración territorial internacional respecto de Kosovo, que jurídicamente seguía formando parte de la República Federativa de Yugoslavia, las Naciones Unidas asumieron su responsabilidad por dicho territorio.

25. El Consejo de Seguridad, en su resolución 1244, decidió que “la solución política de la crisis de Kosovo se bas[ara] en los principios generales que figura[ban] en el anexo 1 y se refin[ara] más adelante con arreglo a los principios y demás elementos necesarios enunciados en el anexo 2” (párr. 1). Ambos anexos hacen referencia a los principios de soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia.

26. Cuando el Consejo de Seguridad autorizó al Secretario General a establecer una presencia internacional civil en Kosovo a fin de que Kosovo tuviera una administración provisional bajo la cual su población pudiera gozar de una autonomía sustancial dentro de la República Federativa de Yugoslavia (párr. 10), decidió que entre las principales responsabilidades de la presencia internacional civil figuraran las siguientes:

- promover el establecimiento, hasta que se llegue a una solución definitiva, de una autonomía y un gobierno autónomo sustanciales en Kosovo, teniendo plenamente en cuenta el anexo 2 y los acuerdos de Rambouillet (párr. 11 *a*);

¹² El Representante Permanente del Reino Unido, durante el debate del Consejo de Seguridad sobre Kosovo, llevado a cabo el 18 de febrero de 2008, el día siguiente a la adopción de la declaración de independencia por Kosovo, dijo: “En el centro de la polémica de hoy se encuentra una resolución aprobada en esta mesa en junio de 1999. En esa resolución, el Consejo dio un paso sin precedentes: privó de forma efectiva a Belgrado del ejercicio de la autoridad en Kosovo.” (S/PV.5839, pág. 12; cursivas añadidas.)

- organizar y supervisar el desarrollo de instituciones provisionales de autogobierno democrático y autónomo hasta que se llegue a una solución política, incluida la celebración de elecciones (párr. 11 *c*);
- facilitar un proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo, teniendo en cuenta los acuerdos de Rambouillet (párr. 11 *e*);
- en una etapa final, supervisar el traspaso de autoridad de las instituciones provisionales de Kosovo a las instituciones que se establezcan conforme a una solución política (párr. 11 *g*).

27. Cuando determinó las principales responsabilidades de la presencia internacional civil, el Consejo de Seguridad no abdicó de su responsabilidad general por la situación en Kosovo; ha seguido ocupándose activamente de la cuestión (párr. 21 de la resolución 1244). Se ha preservado el papel del Consejo de Seguridad con respecto a la cuestión de la solución definitiva. Los Principios rectores del acuerdo sobre el estatuto de Kosovo acordados por el Grupo de Contacto, que apoyaron la recomendación presentada por el Secretario General al Consejo de Seguridad de que se iniciara un proceso para determinar el estatuto futuro de Kosovo de conformidad con la resolución 1244 del Consejo de Seguridad, son reveladores. Confirman que “[e]l Consejo de Seguridad seguirá ocupándose activamente de la cuestión, y la decisión definitiva sobre el estatuto de Kosovo habrá de contar con su respaldo”¹³.

28. La noción de una “solución definitiva” sólo puede significar que la resolución de la controversia entre las partes (es decir, las autoridades de Belgrado y las autoridades de Pristina), sea por un acuerdo a que se llegue entre ellas o por una decisión de un órgano dotado de competencia para hacerlo. Pero la noción de una solución es claramente incompatible con la adopción unilateral de medidas por una de las partes dirigidas a resolver la controversia contra la voluntad de la otra.

Basta con mencionar algunas declaraciones formuladas por varios Estados — particularmente involucrados con las cuestiones relacionadas con Kosovo — en el Consejo de Seguridad.

El Reino Unido condenó

“la formulación de declaraciones unilaterales sobre el estatuto definitivo de Kosovo por cualquiera de las partes. No reconoceremos medida alguna que se encamine a establecer acuerdos políticos para todo Kosovo, o para una parte de él, ya sea unilateralmente o de alguna manera que no cuente con el respaldo de la comunidad internacional.” (S/PV.4742, pág. 16, Reino Unido.)

Algunos meses después, el mismo gobierno dijo en el Consejo de Seguridad que “[e]l Reino Unido considera que toda declaración unilateral de cualquiera de las partes acerca del estatuto es totalmente inaceptable” (S/PV.5017, pág. 22). El Gobierno de Francia dijo en 2003 que “[n]o será posible progresar en Kosovo a partir de acciones unilaterales contrarias a la resolución 1244 (1999) o que descaten la autoridad de la UNMIK y de la KFOR” (S/PV.4770, pág. 5). El Representante Permanente de Alemania dijo inequívocamente en 2003:

¹³ En francés: “Le Conseil de sécurité demeura activement saisi de la question et devra approuver la décision finale sur le statut du Kosovo”; véase la carta de 10 de noviembre de 2005 dirigida al Secretario General por el Presidente del Consejo de Seguridad, S/2005/709, anexo; cursivas y negrita añadidas [En inglés: “The Security Council will remain actively seized of the matter. The final decision on the status of Kosovo should be endorsed by the Security Council.”].

“La cuestión del estatuto definitivo de Kosovo se abordará en el momento oportuno y mediante un proceso adecuado. *Únicamente el Consejo de Seguridad tiene* la facultad de evaluar la aplicación de la resolución 1244 (1999), *así como la última palabra sobre la solución de la cuestión del estatuto*. Toda medida o disposición unilateral que pueda predeterminar el estatuto de Kosovo —en la totalidad o en parte del territorio— es inaceptable.” (S/PV.4770, pág. 14; cursivas añadidas.)

Algunas semanas después, el mismo gobierno expresó su opinión de que “[p]or lo que atañe al estatuto futuro de Kosovo, las partes deben entender que ningún acto unilateral puede cambiar el estatuto de Kosovo, según lo estipuló el Consejo de Seguridad en su resolución 1244 (1999)” (S/PV.4809).

29. Las negociaciones sobre la determinación del estatuto futuro de Kosovo, llevadas adelante por el Enviado Especial del Secretario General, no produjeron ningún acuerdo. El Enviado Especial informó de que “[d]urante todo el proceso y en numerosas ocasiones, las dos partes reafirmaron sus posiciones, *categorica* y diametralmente opuestas: Belgrado pide la autonomía de Kosovo dentro de Serbia, en tanto que Pristina no aceptará *nada que no sea la independencia*”¹⁴. Cabe preguntarse si las partes negociaron de buena fe, porque, como observó esta Corte, negociar de buena fe significa que

“las partes tienen obligación de entablar negociaciones con miras a llegar un acuerdo, y no simplemente llevar a cabo un proceso formal de negociación...; tienen la obligación de comportarse de modo que las negociaciones sean significativas, cosa que no ocurrirá cuando cualquiera de ellas insista en su propia posición sin contemplar ninguna modificación de ella” (*Plataforma continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Países Bajos)*, Sentencia, I.C.J. Reports 1969, pág. 47, párr. 85; recordada en *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*, Sentencia, I.C.J. Reports 1997, pág. 78, párr. 141, y en *Plantas de celulosa en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, Sentencia de 20 de abril de 2010, párr. 146).

30. El Enviado Especial, que estaba personalmente convencido de que “[l]a reintegración a Serbia no es una opción viable” y que “[u]na administración internacional permanente no es sostenible”, concluyó que “[l]a única opción viable es la independencia con supervisión internacional”¹⁵. Por consiguiente, presentó

¹⁴ Informe del Enviado Especial del Secretario General sobre el estatuto futuro de Kosovo, doc. S/2007/168, pág. 2, párr. 2; cursivas añadidas.

¹⁵ Doc. S/2007/168, págs. 3 y 4. Cabe señalar por qué, en su opinión, la reintegración no era una opción viable:

“Durante los ocho últimos años, Kosovo y Serbia han sido gobernados en régimen de separación completa. El establecimiento, de conformidad con la resolución 1244 (1999) de la Misión de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK), que asumió todos los poderes legislativos, ejecutivos y judiciales en todo Kosovo, creó una situación en la que Serbia no ha ejercido ninguna autoridad de gobierno sobre Kosovo. Esto es una realidad que nadie puede negar; es irreversible. Una vuelta al dominio serbio en Kosovo no sería aceptable para la inmensa mayoría del pueblo de Kosovo. Belgrado no podría recuperar su autoridad sin provocar una oposición violenta. La autonomía de Kosovo dentro de las fronteras de Serbia – por muy teórica que esa autonomía pudiera ser – es simplemente indefendible.” (pág. 3, párr. 7). El Informe dice por error que la resolución 1244 fue aprobada por unanimidad (párr. 15).

“[su] propuesta de Acuerdo” e “inst[ó] al Consejo de Seguridad a que [la hiciera] suya”¹⁶.

31. La propuesta de Acuerdo de Ahtisaari no fue aprobada por el Consejo de Seguridad, el único órgano de las Naciones Unidas competente para hacerlo. Habiendo estado dividido sobre la cuestión del estatuto definitivo de Kosovo, el Consejo de Seguridad fue soslayado, una vez más. El Representante Permanente del Reino Unido dijo abiertamente en la Asamblea General que “*en coordinación con muchos de los países que participaban más estrechamente en la pacificación de los Balcanes*, la Asamblea de Kosovo declaró la independencia de Kosovo el 17 de febrero de 2008” (documento de las Naciones Unidas A/63/PV.22, pág. 3; cursivas añadidas). La Declaración de Independencia de Kosovo ha sido una forma de poner en práctica, en la medida de lo posible, el plan Ahtisaari que no había sido aprobado¹⁷.

32. La declaración de independencia fue adoptada por las instituciones provisionales de autogobierno, “en coordinación con muchos de los países que participaban más estrechamente en la pacificación de [en inglés, “*in stabilizing*”] los Balcanes”¹⁸ en el momento en que el Marco Constitucional era aplicable, según lo ha confirmado la Opinión consultiva (párrafo 91). Con arreglo al Marco Constitucional, las relaciones exteriores eran una prerrogativa exclusiva del Representante Especial (Opinión consultiva, párrafo 106).

En ocasiones anteriores, el Representante Especial no vaciló, en ejercicio de su función de supervisión, en declarar nula e inválida una medida de una de las instituciones provisionales a la que considerase fuera de los poderes de dicha institución (*ultra vires*). Por ejemplo, el 23 de mayo de 2002, el Representante Especial del Secretario General declaró “nula e inválida” una resolución aprobada por la Asamblea de Kosovo por la cual se intentaba impugnar el acuerdo sobre fronteras firmado en febrero de 2001 entre la República Federativa de Yugoslavia y la ex República Yugoslava de Macedonia. El 7 de noviembre de 2002, la Asamblea de Kosovo aprobó una resolución como reacción ante un proyecto de Carta Constitucional de Serbia y Montenegro (expediente de las Naciones Unidas núm. 186). El mismo día, el Representante Especial del Secretario General declaró que esa resolución no tenía “efecto jurídico alguno” (expediente de las Naciones Unidas núm. 187). Además, en febrero de 2003, la Asamblea de Kosovo estaba preparando una “Declaración sobre Kosova—Un Estado soberano e independiente” en la cual, entre otras cosas, se habría dicho que “se declara que Kosova es un Estado democrático, independiente y soberano” (expediente de las Naciones Unidas núm.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 5, párr. 16.

¹⁷ Como escribió un autor que “actuó como asesor de Kosovo en muchos, si no en la mayoría, de los diversos procesos y negociaciones de paz”:

“La Declaración había sido redactada en conjunción con gobiernos claves, y revisada por dichos gobiernos. Estaba formulada de forma de tener importantes consecuencias jurídicas para Kosovo. Empleando la noción jurídica internacional de ‘declaración unilateral’, creaba obligaciones jurídicas *erga omnes*. Éstas son obligaciones jurídicas que todos los demás Estados tienen derecho a invocar y cuyo cumplimiento pueden exigir. En este sentido, se hizo un intento de reemplazar la naturaleza obligatoria de una resolución del Consejo de Seguridad adoptada en virtud del Capítulo VII que impusiera las limitaciones a la soberanía de Kosovo previstas en el plan Ahtisaari con una limitación de soberanía autoimpuesta.” (Marc Weller, *Contested Statehood, Kosovo’s Struggle for Independence*, Oxford University Press, 2009, págs. viii y 231.)

¹⁸ Esa coordinación, reconocida por el Representante Permanente del Reino Unido (A/63/PV.22, pág. 3), está demostrada por el (casi) inmediato reconocimiento de la independencia de Kosovo por dichos Estados.

188, 3 de febrero de 2003, párr. 1). El Representante Especial Adjunto Principal del Secretario General, en nombre del Representante Especial del Secretario General, informó al Presidente de la Asamblea de Kosovo de que la consideración oficial de ese asunto por la Asamblea “sería contrario a la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, al Marco Constitucional para el autogobierno provisional en Kosovo y al Reglamento Provisional de la Asamblea”. Sugirió asimismo que constituiría una “[a]cción... [de la Asamblea de Kosovo] fuera del ámbito de sus competencias” (expediente de las Naciones Unidas núm. 189, 7 de febrero de 2003). En un sentido análogo, en noviembre de 2005, la Asamblea de Kosovo contemplaba una declaración de independencia, pero el Representante Especial del Secretario General indicó que una declaración de esa índole “contravendría la resolución [1244] del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas... y por consiguiente no tendría ningún efecto jurídico” (Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo, Notas informativas para la prensa, 16 de noviembre de 2005, págs. 4 y 5).

33. Los hechos indicados demuestran que el Representante Especial del Secretario General, a quien las Naciones Unidas habían encomendado la administración provisional de Kosovo, calificó a varios actos de la Asamblea de Kosovo entre 2002 y 2005 como incompatibles con el Marco Constitucional y, consiguientemente, con la resolución 1244 del Consejo de Seguridad. Se consideraba que dichos actos, tanto si procuraban declarar directamente la independencia de Kosovo como si no llegaban a ello, estaban “fuera del ámbito de sus competencias [es decir, las competencias de la Asamblea]” (expediente de las Naciones Unidas núm. 189, 7 de febrero de 2003), en otras palabras, eran *ultra vires*.

34. La mayoría menciona brevemente a los mencionados actos que estaban fuera de las competencias de las instituciones provisionales de autogobierno con arreglo al Marco Constitucional (Opinión consultiva, párrafo 108). Asigna “alguna importancia” al “silencio del Representante Especial del Secretario General frente a la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008” cuando opina que ese silencio “sugiere que no consideraba que la declaración fuera un acto de las instituciones provisionales de autogobierno destinado a surtir efectos dentro del orden jurídico de cuya supervisión él era responsable” (ibíd.).

Pero la Opinión consultiva no brinda ninguna explicación de por qué actos que se consideraban como estando fuera de las competencias de las instituciones provisionales en el período 2002-2005, ya no tendrían ese carácter en 2008, a pesar de que las disposiciones del Marco Constitucional sobre las competencias de dichas instituciones no habían sido enmendadas y en febrero de 2008 seguían siendo las mismas que en 2005.

Uno se queda con la impresión de que el Representante Especial permaneció en silencio esta vez porque conocía bien el esfuerzo por aplicar, en la medida de lo posible, el plan Ahtisaari, que no había sido aprobado, por conducto de la declaración adoptada por la Asamblea de Kosovo “en coordinación con muchos de los países que participaban más estrechamente en la pacificación de [en inglés, “*in stabilizing*”] los Balcanes”.

35. La Corte, en su calidad de órgano judicial principal de las Naciones Unidas (Artículo 92 de la Carta), debe garantizar el respeto de las normas y los mecanismos establecidos en la Carta y las decisiones adoptadas en virtud de ellos. El régimen jurídico que regula la administración territorial internacional de Kosovo por las

Naciones Unidas se mantenía sin cambios el 17 de febrero de 2008. Lo que ciertamente evolucionaba eran la situación y las realidades políticas en Kosovo. La mayoría estimó preferible tener en cuenta esos acontecimientos y realidades políticos¹⁹, en lugar de la estricta exigencia de respeto por las mencionadas normas, con lo cual ultrapasaron los límites de la prudencia judicial.

(Firmado) Peter Tomka.

¹⁹ “La declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 debe considerarse en el contexto de hecho que llevó a su adopción” (Opinión consultiva, véase el párrafo 57; cursivas añadidas), como si dicho contexto de hecho fuera determinante para sacar conclusiones jurídicas. Análogamente, la mayoría dice que “la declaración de independencia debe verse en su contexto más amplio, teniendo en cuenta los acontecimientos que precedieron a su adopción, en particular en relación con el llamado “proceso relativo al estatuto definitivo” (Opinión consultiva, párrafo 104; cursivas añadidas), como si ese contexto transformara a la Asamblea, que era una de las instituciones provisionales, en algo diferente.

Opinión disidente del magistrado Koroma

*La declaración unilateral de independencia de 17 de febrero de 2008 es ilegítima por no haber cumplido con principios jurídicos establecidos — Al ejercer su jurisdicción consultiva, la Corte sólo puede reformular la cuestión planteada para hacer que corresponda más estrechamente a la intención de la institución que solicita la opinión consultiva — La conclusión de la Corte de que la declaración de independencia fue hecha por un órgano distinto de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo es jurídicamente insostenible porque se basa en la forma en que la Corte ha percibido la intención de dichos autores — La resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad constituye la *lex specialis* que debe aplicarse en la presente causa — La declaración de independencia contraviene la resolución 1244 (1999), que prevé un arreglo negociado y una solución política sobre la base del respeto de la integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia — La declaración de independencia contraviene la resolución 1244 (1999) porque es un intento de poner fin a la presencia internacional en Kosovo establecida por dicha resolución — La declaración de independencia violó el Marco Constitucional y los reglamentos de la UNMIK — La declaración de independencia violó el principio de respeto de la soberanía e integridad territorial de los Estados — La Corte debería haber determinado que la declaración unilateral de independencia de 17 de febrero de 2008 por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo no se ajusta al derecho internacional.*

1. He votado a favor de la decisión de acceder a la solicitud de una opinión consultiva, pero lamentablemente no puedo concordar con la conclusión de que “la declaración de independencia de Kosovo adoptada el 17 de febrero de 2008 no violó el derecho internacional”, habida cuenta de lo siguiente.
2. La declaración unilateral de independencia de 17 de febrero de 2008 no se hizo con la intención de no producir efecto. Fue ilegítima e inválida. No cumplió con las normas establecidas. Fue el comienzo de un *proceso* encaminado a separar a Kosovo del Estado al que pertenece y crear un nuevo Estado. Teniendo en cuenta las circunstancias de hecho que rodeaban a la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General, esa acción viola la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y el derecho internacional general.
3. Si bien la Corte, al ejercer su competencia consultiva, está facultada para reformular o interpretar una cuestión que se le ha planteado, no tiene libertad para reemplazar la cuestión que se le ha planteado con su propia cuestión y luego dar respuesta a esta cuestión, que es lo que la Corte ha hecho en la presente causa, aun cuando diga que no percibe razón alguna para reformular la cuestión. Como dice la Corte en el párrafo 50 de la Opinión consultiva, su facultad de reformular una solicitud de opinión consultiva ha estado limitada a tres esferas. En primer lugar, la Corte señala que en la causa relativa a la *Interpretación del acuerdo grecoturco de 1 de diciembre de 1926 (Protocolo final, artículo IV), Opinión consultiva, 1928, P.C.I.J., Series B, núm. 16* su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, se apartó del texto de la cuestión que se le había planteado porque la redacción no expresaba adecuadamente lo que la Corte creía que era la cuestión que se había tenido la intención de plantear (Opinión consultiva, párrafo 50, citando la

mencionada opinión consultiva de 1928, *P.C.I.J., Series B, núm. 16*). En segundo lugar, la Corte señala que en la causa relativa a la *Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto, Opinión consultiva*, la solicitud fue reformulada porque no reflejaba las “cuestiones jurídicas realmente controvertidas” (ibíd., citando a *I.C.J. Reports 1980*, pág. 89, párr. 35). Ello sólo entrañó ampliar levemente la cuestión, pero sin cambiar el significado de lo que se había tenido la intención de plantear. Por último, la Corte observa que en la causa relativa a la *Petición de revisión del fallo núm. 273 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, Opinión consultiva*, aclaró una cuestión considerada que se consideró que no estaba clara o era vaga (ibíd., citando a *I.C.J. Reports 1982*, pág. 348, párr. 46). En todas esas causas, la Corte reformuló la cuestión en un esfuerzo por hacer que dicha cuestión correspondiera más estrechamente a la intención de la institución que solicitaba la opinión consultiva. Nunca antes ha reformulado una cuestión en tal grado que el resultado fuera una cuestión completamente nueva, claramente distinta de la cuestión original planteada y que, en realidad, va contra la intención del órgano que la formuló. Esto es lo que ha hecho la Corte en la presente causa cuando, sin reformular explícitamente la cuestión, concluye que los autores de la declaración de independencia fueron distintos de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo y que, por consiguiente, la respuesta a la cuestión debía elaborarse sobre la base de esa presunción. El fin de la cuestión planteada por la Asamblea General es ilustrar a la Asamblea sobre la forma de proceder a la luz de la declaración unilateral de independencia, y la Asamblea General dijo claramente que consideraba que la declaración unilateral de independencia había sido hecha por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo. La Corte no tiene la facultad de reformular la cuestión — implícita o explícitamente — en tal grado que dé respuesta a una cuestión acerca de una entidad distinta de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo.

4. Además, la conclusión de la Corte de que la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 fue hecha por un órgano distinto de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo y por consiguiente no violó el derecho internacional es jurídicamente insostenible, porque se basa en la percepción de la Corte acerca de la intención de dichos autores. El derecho internacional no confiere a grupos étnicos, lingüísticos o religiosos el derecho de separarse del territorio de un Estado del que forman parte, sin el consentimiento de dicho Estado, simplemente expresando su deseo de hacerlo. Aceptar lo contrario, permitir que cualquier grupo étnico, lingüístico o religioso declare la independencia y se separe del territorio del Estado del que forma parte, fuera del contexto de la descolonización, crea un precedente muy peligroso. De hecho, equivale a nada menos que anunciar a todos los grupos disidentes en todo el mundo y a cada uno de ellos que tienen libertad para eludir al derecho internacional simplemente actuando de determinada manera y redactando hábilmente una declaración unilateral de independencia, utilizando determinados términos. La opinión de la Corte servirá como guía y manual de instrucción para los grupos secesionistas en todo el mundo, y la estabilidad del derecho internacional resultará gravemente socavada.

5. Es también una petición de principio identificar a los autores de la declaración unilateral de independencia sobre la base de su intención percibida, porque ello predetermina la propia respuesta que la Corte está tratando de elaborar: no se puede dudar de que los autores deseaban ser percibidos como los dirigentes legítimos y democráticamente elegidos del recién independizado Kosovo, pero su intención

subjetiva no hace que así sea. Fundarse en esa intención lleva a resultados absurdos, pues cualquier grupo dado — secesionistas, insurgentes — podría eludir las normas internacionales de las que fueran destinatarios específicos alegando que se habían reorganizado con otro nombre. En un enfoque orientado según las intenciones, esos grupos simplemente tendrían que demostrar que tenían la intención de ser alguien distinto cuando llevaron a cabo un acto dado, y ese acto ya no estaría sometido a las normas de derecho internacional específicamente elaboradas para evitarlo.

6. En la causa que la Corte tiene ante sí, debe recordarse que el Representante Especial del Secretario General había descrito anteriormente a tales actos como incompatibles con el Marco Constitucional, fundándose en que se consideraba que estaban “fuera del ámbito de competencia de la Asamblea” y por consiguiente fuera de sus poderes, en particular cuando dicho órgano tomó iniciativas encaminadas a promover la independencia de Kosovo (expediente de las Naciones Unidas núm. 189, 7 de febrero de 2003). Frente a esa anterior invalidación, los autores de la declaración unilateral de independencia alegaron que habían hecho su declaración de independencia fuera del marco de las instituciones provisionales de autogobierno.

7. Como la Corte ha reconocido en el párrafo 97 de su Opinión consultiva, la resolución 1244 (1999) y el reglamento 1999/1 de la UNMIK constituyen el orden jurídico en vigor en ese momento en el territorio de Kosovo. Kosovo no era un vacío jurídico. Por consiguiente, todo acto, como la declaración unilateral de independencia de 17 de febrero de 2008, que se haya adoptado en violación de la resolución 1244 (1999) y el reglamento 1999/1 de la UNMIK, no se ajustará al derecho internacional.

8. El derecho internacional no es creado por entidades no estatales actuando por su cuenta. Es creado con el asentimiento de los Estados. En lugar de llegar a una conclusión sobre la identidad de los autores de la declaración unilateral de independencia sobre la base de su intención subjetiva, la Corte debería haber examinado la intención de los Estados y, en particular en el presente caso, la intención del Consejo de Seguridad en la resolución 1244 (1999), que confirma la integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia).

9. Habida cuenta de que la Opinión consultiva no ha respondido a la cuestión planteada por la Asamblea General, ahora daré mi opinión sobre la cuestión desde la perspectiva del derecho internacional. Principalmente, mi opinión es que la resolución 1244 (1999), junto con el derecho internacional general, en particular el principio de la integridad territorial de los Estados, no permite la declaración unilateral de independencia por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo, y que, por consiguiente, esa declaración de independencia no se ajusta al derecho internacional.

10. En la cuestión que planteó a la Corte, la Asamblea General reconoce que la resolución 1244 (1999) constituye la base jurídica para la creación de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo. Por consiguiente, es obvio que la cuestión que la Corte tiene ante sí está, consiguientemente, basada en la resolución 1244 (1999). Dicha resolución fue aprobada por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y, por consiguiente, es obligatoria de conformidad con el Artículo 25 de la Carta. Sigue constituyendo la base jurídica del régimen por el que se rige Kosovo. Así pues, cuando se le pide que determine la validez jurídica de la declaración unilateral de independencia de 17 de febrero de 2008, esta Corte tiene ante todo que interpretar la resolución 1244 (1999)

y aplicarla al asunto que tiene ante sí, a la vez como derecho internacional y como *lex specialis*. Sólo después de ello debe la Corte considerar las demás normas vinculantes de derecho internacional, en particular, el principio de la soberanía e integridad territorial de un Estado, en este caso la República Federativa de Yugoslavia (Serbia).

11. Por consiguiente, lo que está primariamente en juego en la presente causa es la interpretación y la aplicación correctas de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad. Como se explica detalladamente más adelante, la declaración de independencia es ilegítima con arreglo a la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad por varias razones. En primer lugar, según los materiales que la Corte tiene ante sí, la declaración de independencia fue adoptada por la Asamblea de Kosovo como parte de las instituciones provisionales de autogobierno. La hicieron suya como tal el Presidente y el Primer Ministro de Kosovo. Consiguientemente, está sometida a la resolución 1244 (1999). En segundo lugar, esta resolución dispone que haya un arreglo negociado, lo que significa el acuerdo de todas las partes interesadas con respecto al estatuto definitivo de Kosovo, cosa que los autores de la declaración de independencia han eludido. En tercer lugar, la declaración de independencia viola la disposición de la resolución mencionada que prevé que se llegue a una solución política sobre la base del respeto de la integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia y la autonomía de Kosovo. Además, la declaración unilateral de independencia es un intento de poner fin a la presencia internacional en Kosovo establecida por la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, un resultado que sólo podría ser dispuesto por el propio Consejo de Seguridad.

12. A fin de aplicar la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad a los hechos pertinentes para la cuestión planteada por la Asamblea General, la Corte debe interpretar dicha resolución. En el párrafo 117 de la Opinión consultiva, la Corte recordó su declaración en la causa relativa a las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad en el sentido de que cuando se interpretan resoluciones del Consejo de Seguridad,

“Es preciso analizar cuidadosamente la redacción de una resolución... antes de llegar a una conclusión acerca de su efecto obligatorio. Habida cuenta de la naturaleza de los poderes conferidos por el Artículo 25, corresponde determinar en cada caso si dichos poderes han sido efectivamente ejercidos, teniendo en consideración los términos de la resolución que ha de interpretarse, los debates que precedieron a su aprobación, las disposiciones de la Carta que se invocaron y, en general, todas las circunstancias que puedan ayudar a determinar las consecuencias jurídicas de la resolución del Consejo de Seguridad.” (Ibíd., *Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1971*, pág. 53, párr. 114.)

13. A este respecto, la resolución 1244 (1999) reafirma “la soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia y los demás Estados de la región, expresada en el Acta Final de Helsinki y en el anexo 2” (Naciones Unidas, *Documentos oficiales del Consejo de Seguridad*, 4011ª sesión, S/RES/1244 (1999), pág. 2). Asimismo dispone en el párrafo 1 que “la solución política de la crisis de Kosovo se base en los principios generales que figuran en el anexo 1 y... en el anexo 2” (ibíd.). Ambos anexos disponen que el proceso político debe tener “plenamente

en cuenta” (ibíd., pág. 5) “los principios de soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia y los demás países de la región” (ibíd.). Además, en los apartados *a*) y *e*) del párrafo 11 de la resolución 1244 (1999), se hace referencia a los acuerdos de Rambouillet. Dichos acuerdos también afirman la soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia. En el preámbulo de los acuerdos, se reafirma la adhesión al Acta Final de Helsinki, así como el compromiso asumido en cuanto a “la soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia” (Naciones Unidas, *Documentos oficiales del Consejo de Seguridad*, doc. S/1999/648, pág. 3). En el Capítulo 1 de los acuerdos se dice que las instituciones de un gobierno autónomo democrático en Kosovo deben estar “basad[as] en el respeto de la integridad territorial y la soberanía de la República Federativa de Yugoslavia” (ibíd., pág. 9). Tanto si se considera a esas disposiciones separadamente como en conjunto, es evidente que la resolución 1244 (1999) no prevé la secesión unilateral de Kosovo de la República Federativa de Yugoslavia sin el consentimiento de ésta. Por el contrario, la resolución reafirma la soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia, de la cual Kosovo es una parte componente. Además, la resolución prevé una “autonomía sustancial [para el pueblo de Kosovo] dentro de la República Federativa de Yugoslavia” (Naciones Unidas, *Documentos oficiales del Consejo de Seguridad*, 4011ª sesión, S/RES/1244 (1999), párr. 10; cursivas añadidas). En otras palabras, la intención era que Kosovo gozase de autonomía sustancial y autogobierno durante la presencia internacional civil, pero que siguiera siendo parte integral de la República Federativa de Yugoslavia.

14. La presencia internacional civil prevista en el párrafo 11 de la resolución 1244 (1999) fue establecida en Kosovo con el “acuerdo” de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia) en calidad de soberano de todo su territorio, incluido Kosovo. Esta posición se refleja tanto en el preámbulo como en la parte dispositiva de la resolución. En el preámbulo, el Consejo de Seguridad:

“Acogi[ó] con beneplácito los principios generales relativos a una solución política para la crisis de Kosovo aprobados el 6 de mayo de 1999 (S/1999/516, anexo 1 de la presente resolución) y acogi[ó] con beneplácito también el hecho de que *la República Federativa de Yugoslavia haya aceptado* los principios establecidos en los puntos 1 a 9 del documento presentado en Belgrado el 2 de junio de 1999 (S/1999/649, anexo 2 de la presente resolución) y *esté de acuerdo con ese documento.*” (Cursivas añadidas.)

En el párrafo 1, el Consejo de Seguridad decidió: “que la solución política de la crisis de Kosovo se bas[ara] en los principios generales que figura[ban] en el anexo 1 y se refin[ara] más adelante con arreglo a los principios y demás elementos necesarios enunciados en el anexo 2”. Y en el párrafo 2, el Consejo de Seguridad: “[a]cogi[ó] con beneplácito la aceptación por la República Federativa de Yugoslavia de los principios y demás elementos necesarios a que se hace referencia en el párrafo 1” (cursivas añadidas). Así pues, según la resolución 1244 (1999), el Consejo de Seguridad admite y reconoce que Kosovo forma parte del territorio de la República Federativa de Yugoslavia y confirma que el establecimiento de la presencia internacional civil allí se hizo con el acuerdo de la República Federativa de Yugoslavia. Kosovo no puede declararse independiente mediante una declaración unilateral mientras la presencia internacional civil siga existiendo y operando en la provincia. La resolución no otorga a la presencia internacional civil el derecho a alterar o hacer cesar la soberanía de la República Federativa de Yugoslavia sobre su

territorio de Kosovo, ni prevé la transferencia de dicha soberanía a ninguna de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo creadas por la presencia internacional. Para expresar este hecho obvio en términos muy claros, la UNMIK y las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo fueron creadas por la resolución 1244 (1999) con el expreso acuerdo del Gobierno de la República Federativa de Yugoslavia. Como órganos subsidiarios del Consejo de Seguridad, tienen una autoridad limitada derivada de la resolución 1244 (1999) y circunscrita por ella. No se ha investido a ninguno de esos órganos de la facultad de determinar el estatuto definitivo de Kosovo, y ninguno de ellos tiene la facultad de crear otros órganos que tengan esa facultad. Consiguientemente, cuando la Asamblea de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo pretendió declarar la independencia el 17 de febrero de 2008, intentó llevar a cabo un acto que excedía de su competencia. Como tal, la declaración es una *nullidad*, un acto ilegítimo que viola disposiciones expresas de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad. Es *ex injuria non oritur jus*.

15. Que la declaración unilateral de independencia por una de las entidades de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo contraviene tanto el texto como el espíritu de la resolución 1244 (1999) es también evidente por lo dispuesto en el párrafo 10 de la resolución, según el cual se establece “una administración provisional [para Kosovo] bajo la cual su población pueda gozar de una autonomía sustancial *dentro de* la República Federativa de Yugoslavia” (cursivas añadidas). El uso de las palabras “dentro de” es otro reconocimiento de la soberanía de la República Federativa de Yugoslavia sobre su territorio de Kosovo y no permite la alteración de la extensión territorial de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia).

16. La declaración unilateral de independencia tampoco es compatible con el párrafo 11 de la resolución 1244 (1999), que estipula, entre otras cosas, que el Consejo de Seguridad:

“*Decide* que entre las principales responsabilidades de la presencia internacional civil figuren las siguientes:

- a) Promover el establecimiento, hasta que se llegue a una solución definitiva, de una autonomía y un gobierno autónomo sustanciales en Kosovo, teniendo plenamente en cuenta el anexo 2 y los acuerdos de Rambouillet (S/1999/648)”.

La referencia a una futura “solución” del conflicto, en mi opinión, excluye la posibilidad de hacer una declaración unilateral de independencia. Por definición, una “solución” en este contexto contempla una resolución lograda mediante negociación. Esta interpretación de la resolución 1244 (1999) está respaldada por las posiciones adoptadas por diversos Estados. Por ejemplo, Francia observó en el Consejo de Seguridad que:

“sobre todo la *Asamblea* debe renunciar a las iniciativas que sean contrarias a la resolución 1244 (1999) o al Marco Constitucional... No será posible progresar en Kosovo a partir de *acciones unilaterales* contrarias a la resolución 1244 (1999).” (Naciones Unidas, *Documentos oficiales del Consejo de Seguridad*, quincuagésimo octavo año, 4770ª sesión, doc. S/PV.4770, pág. 5; cursivas añadidas.)

El Gobierno de Italia, en nombre de la Unión Europea, dijo que la resolución 1244 (1999) era “la piedra angular del compromiso de la comunidad internacional con Kosovo” e “inst[ó] a todos los interesados en Kosovo y en la región a que cooper[asen] de manera constructiva... en la plena aplicación de la resolución 1244 (1999), absteniéndose a la vez de *actos y declaraciones...*” (Naciones Unidas, *Documentos oficiales del Consejo de Seguridad*, quincuagésimo octavo año, 4823ª sesión, doc. S/PV.4823, pág. 16; cursivas añadidas). El Grupo de Contacto, integrado por los Estados Unidos, la Federación de Rusia y la Unión Europea, elaboró los Principios rectores del acuerdo sobre el estatuto de Kosovo, según los cuales “Cualquier solución unilateral... sería inaceptable. No habrá ningún *cambio en el actual territorio de Kosovo...* Se respetarán plenamente la integridad territorial y la estabilidad interna de los vecinos de la región.” (Naciones Unidas, *Documentos oficiales del Consejo de Seguridad*, doc. S/2005/709, pág. 3; cursivas añadidas.)

17. Por último, debe recordarse que en el párrafo 91 de la Opinión, la Corte determinó que la resolución 1244 (1999) todavía estaba en vigor y que el Consejo de Seguridad no había tomado medida alguna para derogarla. No se puede cambiar unilateralmente la condición jurídica de dicha resolución.

18. Por consiguiente, a la luz de lo que antecede, es inevitable concluir que la resolución 1244 (1999) no permite una declaración unilateral de independencia ni la secesión de Kosovo de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia) sin el consentimiento de ésta.

19. Además de la resolución 1244 (1999), la Corte ha considerado si la declaración unilateral de independencia ha violado algunas normas legislativas derivadas promulgadas en virtud de dicha resolución, en particular el Marco Constitucional y otros reglamentos de la UNMIK. La opinión concluye que la declaración de independencia no violó el Marco Constitucional porque sus autores no eran las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo y por consiguiente no estaban obligados por dicho Marco. La jurisprudencia de la Corte es clara en el sentido de que, si un órgano al que se le ha atribuido una cantidad limitada de competencias transgrede esas competencias, sus actos serían *ultra vires* (*Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 82; *Fosfatos en Marruecos, Sentencia, 1938, P.C.I.J., Series A/B, núm. 74*, pág. 14). Sin embargo, en la opinión de la mayoría se evita ese resultado mediante una especie de prestidigitación judicial, llegándose a una apresurada conclusión según la cual los “autores” de la declaración unilateral de independencia no estaban actuando en calidad de instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo sino en calidad de representantes directos del pueblo de Kosovo y por lo tanto no estaban sometidos al Marco Constitucional y a los Reglamentos de la UNMIK. Esa conclusión simplemente no puede ser correcta, dado que la declaración unilateral de independencia fue adoptada en el contexto de la resolución 1244 (1999) y la Corte ha reconocido que la cuestión planteada por la Asamblea General es una cuestión jurídica y que la resolución 1244 (1999) es la *lex specialis* y es aplicable en la presente causa.

20. Además de examinar la resolución 1244 (1999) y la ley promulgada en virtud de ella, la Corte, al considerar la cuestión que le había planteado la Asamblea General, tenía que aplicar las normas y los principios del derecho internacional general. A este respecto, es preciso comenzar poniendo de relieve que es un error conceptual decir, como lo hace la opinión de la mayoría, que el derecho

internacional no autoriza ni prohíbe la declaración unilateral de independencia. Esa afirmación sólo tiene sentido si se hace en abstracto en relación con las declaraciones de independencia en general (véase, por ejemplo, la opinión consultiva de la Corte Suprema del Canadá, que llegó a esa conclusión en abstracto con respecto a la secesión en derecho internacional, *Remisión por el Gobernador General relativa a algunas cuestiones atinentes a la secesión de Quebec del Canadá*, 1998, S.C.R., vol. 2, pág. 217, párr. 112), y no con respecto a una declaración específica unilateral de independencia que tuvo lugar en un contexto fáctico y jurídico específico en relación con el cual puede juzgarse su conformidad con el derecho internacional. La cuestión que se ha planteado a la Corte es específica y está bien definida. No es una cuestión hipotética. Es una cuestión jurídica que exige una respuesta jurídica. Como la Corte, según su Estatuto, tiene la obligación de aplicar las normas y los principios de derecho internacional incluso cuando emite opiniones consultivas, debería haberlos aplicado en la presente causa. Si lo hubiera hecho — en lugar de eludir la cuestión haciendo referencia a una afirmación general según la cual el derecho internacional no autoriza ni prohíbe las declaraciones de independencia, con la cual no contesta la cuestión planteada por la Asamblea General — habría tenido que concluir, como se expresa más adelante, que la declaración unilateral de independencia por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo equivalía a una secesión y no se ajustaba al derecho internacional. Una secesión unilateral de un territorio de un Estado existente sin el consentimiento de éste, como en la causa que se está considerando, es un asunto de derecho internacional.

21. La verdad es que el derecho internacional protege la integridad territorial de los Estados. Uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo es el del respeto de la soberanía e integridad territorial de los Estados. Este principio entraña la obligación de respetar la definición, la delineación y la integridad territorial de un Estado existente. Según dicho principio, un Estado ejerce soberanía dentro de su dominio territorial y sobre él. El principio del respeto de la integridad territorial está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en otros instrumentos internacionales. El Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas dispone:

“Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.”

La declaración unilateral de independencia implica la reclamación de un territorio que forma parte de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia). El intento de desmembrar el territorio de un Estado en el presente caso la República Federativa de Yugoslavia (Serbia), o amputar parte de él, por efecto de la declaración unilateral de independencia de 17 de febrero de 2008, no se ajusta ni al derecho internacional, ni a los principios de la Carta de las Naciones Unidas, ni a la resolución 1244 (1999).

El principio del respeto de la integridad territorial también se refleja en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, según la cual:

“todo intento de quebrantar parcial o totalmente la unidad nacional y la integridad territorial de un Estado o país o su independencia política es

incompatible con los propósitos y principios de la Carta” (Naciones Unidas, *Documentos oficiales de la Asamblea General, vigésimo quinto período de sesiones*, resolución 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970; cursivas añadidas).

La declaración estipula asimismo que “[l]a integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables”.

22. Ni siquiera los principios de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos como preceptos de derecho internacional permiten el desmembramiento de un Estado existente sin su consentimiento. Según la mencionada Declaración, “[t]odo Estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país”. La declaración asimismo pone de relieve que

“Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta *acción alguna* encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.” (Cursivas añadidas.)

Así pues, la Declaración no deja duda alguna acerca de que los principios de la soberanía e integridad territorial de los Estados prevalecen sobre el principio de libre determinación.

23. Según la conclusión de la Corte Suprema del Canadá, que ya ha considerado un asunto similar al que la Corte tiene ante sí, “el derecho internacional no otorga específicamente a las partes componentes de Estados soberanos el derecho *legal* de separarse [en inglés, “*secede*”] unilateralmente de su Estado ‘paterno’ [en inglés, “*parent State*”]” (*Remisión por el Gobernador General relativa a algunas cuestiones atinentes a la secesión de Quebec del Canadá*, 1998, S.C.R., Vol. 2, pág. 217, párr. 111; cursivas añadidas). En mi opinión, esa enunciación refleja correctamente el estado actual del derecho con respecto a la cuestión planteada a la Corte Suprema del Canadá, a saber,

“¿Da el derecho internacional a la Asamblea Nacional, la legislatura o el gobierno de Quebec el derecho a llevar a cabo la secesión de Quebec del Canadá unilateralmente? A este respecto, ¿existe con arreglo al derecho internacional un derecho a la libre determinación que dé a la Asamblea Nacional, la legislatura o el gobierno de Quebec el derecho a llevar a cabo la secesión de Quebec del Canadá unilateralmente?” (Ibíd., párr. 2.)

En cambio, la cuestión que la Corte tiene ahora ante sí no inquiera acerca de la existencia de un “derecho” a declarar la independencia, sino acerca de la “conformidad” de una declaración de independencia con el derecho internacional. Ello brinda la oportunidad de completar el cuadro pintado parcialmente por la Corte Suprema del Canadá. Dicho tribunal, en respuesta a la cuestión específica planteada, dejó en claro que el derecho internacional no otorga un derecho de secesión. Esta Corte, en respuesta a la cuestión específica planteada por la Asamblea General, debería haber dejado en claro que el derecho internacional aplicable en la causa que la Corte tiene ante sí contiene normas y principios que impiden explícitamente la declaración de independencia y la secesión. La declaración unilateral de independencia de 17 de febrero de 2008 equivalió a un intento de separarse de Serbia y proclamar que Kosovo era un Estado soberano e independiente creado con parte del territorio de Serbia. El derecho internacional aplicable en la presente

causa, junto con la resolución 1244 (1999), prohíbe tal proclamación y no se puede reconocer la validez de ésta.

24. En el momento en que se aprobó la resolución 1244 (1999), la República Federativa de Yugoslavia era, y sigue siendo, un Estado independiente en ejercicio de una plena y completa soberanía sobre Kosovo. Ni el Consejo de Seguridad ni las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo, que son creaciones del Consejo, están facultados para desmembrar a la República Federativa de Yugoslavia (Serbia) o menoscabar total o parcialmente su integridad territorial o su unidad política sin su consentimiento.

25. Por estas razones, la Corte debería haber determinado que la declaración unilateral de independencia de 17 de febrero de 2008 por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo no se ajusta al derecho internacional.

(Firmado) Abdul G. KOROMA.

Declaración del magistrado Simma

La interpretación que hace la Corte de la solicitud de la Asamblea General es innecesariamente limitada y potencialmente susceptible de inducir a error — El enfoque de la Corte refleja una concepción anticuada del derecho internacional — La solicitud merece una respuesta más comprensiva, evaluando las normas permisivas y prohibitivas de derecho internacional — Sin embargo, la adopción del fallo en la causa del “Lotus” por parte de la Corte implica que todo lo que no esté expresamente prohibido lleva consigo el mismo color de juridicidad — La Corte podría haber explorado si el derecho internacional puede mantenerse deliberadamente neutral o silencioso sobre determinada cuestión, y si prevé el concepto de tolerancia — Al autolimitarse de tal manera, la Corte ha reducido la calidad del asesoramiento brindado en la opinión.

1. Aunque concuerdo con la Corte en la gran mayoría de sus argumentos y en la respuesta que en definitiva ha dado a la Asamblea General, tengo preocupaciones acerca del carácter innecesariamente limitado – y potencialmente susceptible de inducir a error – de su análisis. Específicamente, en el párrafo 56 la Opinión consultiva interpreta la solicitud de la Asamblea General en el sentido de que sólo pide una evaluación de si la declaración de independencia de Kosovo fue adoptada en violación del derecho internacional, lo hace de un modo que considero sumamente problemático en lo tocante a la metodología empleada. En mi opinión, esa interpretación no sólo va contra el claro tenor literal de la solicitud misma, en la que con términos neutrales se pregunta si la declaración de independencia “se ajust[ó] al derecho internacional” (véase la Opinión consultiva, párrafo 1); también excluye del análisis de la Corte toda consideración de la importante cuestión de si el derecho internacional puede específicamente permitir o aún prever un derecho a declarar la independencia cuando se han reunido determinadas condiciones.

2. Estimo que ese enfoque es inquietante a la luz de la conclusión general de la Corte, en el párrafo 3 de la cláusula dispositiva (Opinión consultiva, párrafo 123), de que la declaración de independencia “no violó el derecho internacional”. El fundamento subyacente del enfoque de la Corte refleja una concepción vieja y cansada del derecho internacional, que recoge el adagio, expresado de manera que se hizo famosa en la sentencia en la causa del “Lotus”, según el cual las restricciones a la independencia de los Estados no pueden presumirse en razón de la naturaleza consensual del orden jurídico internacional (“Lotus”, *Sentencia núm. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, núm. 10*, pág. 18). Como lo hizo la Corte Permanente en esa causa (*ibíd.*, págs. 19-21), la Corte ha concluido en la presente Opinión que, en relación con un acto específico, no es necesario demostrar una norma permisiva mientras no exista una prohibición.

3. A este respecto, en un orden jurídico internacional contemporáneo que está intensamente influido por ideas de derecho público, el razonamiento de la Corte sobre este punto es obsoleto. Por vía de explicación, en la presente declaración deseo abordar dos puntos. En primer lugar, al limitar indebidamente el alcance de su análisis, la Corte no ha dado respuesta de manera satisfactoria a la cuestión que se le planteó. Para darle una respuesta satisfactoria habría sido necesario que tanto las normas prohibitivas como las normas permisivas de derecho internacional en lo

tocante a las declaraciones de independencia y los intentos de actos de secesión hubieran sido objeto de un tratamiento más completo que el que se ensayó en la opinión de la Corte. En segundo lugar, al hacer suyo el principio de la causa del *Lotus*, la Corte deja pasar una oportunidad de ir más allá de esa visión anacrónica y sumamente consensualista del derecho internacional. La Corte podía haber considerado el alcance de la cuestión a partir de un enfoque que no identificara, de manera formalista, a la ausencia de prohibición con la existencia de una norma permisiva; también podía haber considerado la posibilidad de que el derecho internacional fuera neutral o se mantuviese deliberadamente en silencio acerca de la legitimidad internacional de determinados actos.

4. Con respecto a mi primer punto, deseo recordar la formulación de la solicitud de la Asamblea General, en la que se preguntaba si la declaración de independencia de Kosovo “se ajust[aba] al derecho internacional” (Opinión consultiva, párrafo 1). La Opinión considera que a fin de responder a esa solicitud, todo lo que la Corte necesita hacer es evaluar si existe, en derecho internacional, una norma prohibitiva, con lo cual queda satisfecha de que la falta de una violación del derecho internacional implica la conformidad con él (Opinión consultiva, párrafo 56). Sin embargo, esa interpretación no es fácil de conciliar con la redacción efectiva de la solicitud, que deliberadamente no pregunta acerca de la existencia de una norma prohibitiva o permisiva en derecho internacional. Si la Asamblea General hubiese deseado limitar su solicitud de tal manera, podía fácilmente haber optado por una clara formulación en tal sentido. La expresión “se ajusta al” es amplia por definición.

5. Es cierto que la solicitud no está redactada del mismo modo que la cuestión planteada a la Corte Suprema del Canadá (en la que se preguntaba acerca de un “derecho a llevar a cabo la secesión”: véase la Opinión consultiva, párrafo 55). Sin embargo, esa diferencia no justifica la determinación de la Corte de que la expresión “se ajusta al” debe entenderse como inquiriendo *exclusivamente* si hay una norma prohibitiva; según la Corte, si no la hay, la declaración de independencia se ajusta *ipso facto* al derecho internacional.

6. Además, muchos de los participantes, entre ellos los autores de la declaración de independencia, invocaron argumentos relativos al derecho a la libre determinación y la cuestión de la “secesión correctiva” en sus alegatos (véase la Opinión consultiva, párrafo 82). La Corte podía haber considerado el fondo de esos argumentos; en lugar de hacerlo, su interpretación restrictiva del alcance de la cuestión excluye toda consideración de dichos argumentos. La pertinencia de la libre determinación y/o la secesión correctiva sigue siendo una cuestión importante en lo tocante a la resolución de la controversia general en Kosovo y a la consideración integral de todos los aspectos de la conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia. Nada menos que los autores de la declaración de independencia hacen referencia a la “voluntad de [su] pueblo” en el párrafo 1 de la declaración, lo cual es una referencia bastante clara a la pretensión de estar ejerciendo su libre determinación (véase el párrafo 75 de la Opinión, donde se cita íntegramente la declaración de independencia). Además, la consideración de esos puntos podía muy bien haber estado dentro del alcance de la cuestión tal como la entendían, entre varios participantes, los propios kosovares, que hicieron referencia a un derecho a la libre determinación externa fundado en la libre determinación y la “secesión correctiva” como pueblo. El tratamiento — o, más bien, no tratamiento — de esas argumentaciones por la Corte, en mi opinión, no

parece ser judicialmente fundado, habida cuenta de que la Corte no se negó a emitir la opinión que le solicitó la Asamblea General.

7. A la luz de lo que antecede, creo que la solicitud de la Asamblea General merece una respuesta más comprensiva, en la que se evalúen tanto las normas permisivas como las normas prohibitivas de derecho internacional. Ello habría comprendido un análisis más profundo acerca de si el principio de libre determinación o alguna otra norma (tal vez mencionando expresamente a la secesión correctiva) permite, o incluso justifica, la independencia (por vía de secesión) de determinados pueblos/territorios. Una vez dicho lo que antecede, no considero que sea un ejercicio apropiado de mi función judicial examinar esos argumentos *in extenso*; por consiguiente, sobre este punto, me limitaré simplemente a declarar que la Corte podía haber emitido una opinión más satisfactoria desde el punto de vista intelectual, y con mayor relevancia en lo tocante al orden jurídico internacional tal como ha ido evolucionado hasta su forma actual, si no hubiese interpretado el alcance de la cuestión tan restrictivamente. Un tratamiento más extenso de esas cuestiones habría demostrado que la Corte tenía conciencia de la arquitectura actual del derecho internacional.

8. En segundo lugar, aparte de esas preocupaciones acerca de la cuestión específica que la Corte tiene ante sí, el enfoque de la Corte también plantea un problema conceptual más amplio. La lectura que hace la Corte de la cuestión que le formuló la Asamblea General, así como su razonamiento, con su salto directo de la falta de prohibición a la permisibilidad, es una aplicación lisa y llana del llamado principio de la causa del *Lotus*. Al volver a dicho principio, la Corte responde a la cuestión en una manera que recuerda al positivismo del siglo XIX, con su enfoque de excesiva deferencia al consentimiento de los Estados. Según ese enfoque, todo lo que no está expresamente prohibido lleva consigo el mismo color de juridicidad; hace caso omiso de los posibles grados de no prohibición, que van de lo “tolerado”, pasando por lo “permisible”, hasta lo “deseable”. En tales circunstancias, hasta un derecho claramente reconocido a declarar independencia, si hubiese existido, no habría producido el más leve cambio en la respuesta de la Corte.

9. Al leer la cuestión planteada por la Asamblea General tal como lo hizo, la Corte se privó de la posibilidad de hacer una averiguación de la condición precisa de una declaración de independencia en derecho internacional. En contraste, si se hubiera apartado del “*Lotus*”, la Corte podía haber explorado si el derecho internacional puede mantenerse deliberadamente neutral o silencioso acerca de determinada cuestión, y si prevé el concepto de *tolerancia*, algo que rompe la concepción binaria de permiso/prohibición y permite una gama de opciones no prohibidas. Que un acto pueda ser “tolerado” no significaría necesariamente que es “legítimo”, sino que es “no ilegítimo”. En este sentido, me preocupa que la estrechez del enfoque de la Corte pueda constituir, hacia el futuro, una debilidad para su capacidad de abordar las numerosas diferencias de matiz que permean el derecho internacional. Además, el que un orden jurídico internacional se mantenga conscientemente silencioso o neutral acerca de un hecho o acto específico no tiene nada que ver con el *non liquet*, que se refiere a la imposibilidad de que una institución judicial se pronuncie sobre un punto de derecho porque concluye que el derecho no es claro. La neutralidad del derecho internacional respecto de un punto determinado simplemente sugiere que hay esferas que el derecho internacional aún no ha llegado a regular, o, incluso, que nunca llegará a regular. No habría un

problema conceptual más amplio relacionado con la coherencia del orden jurídico internacional.

10. Por esas razones, la Corte debería haber considerado la cuestión desde una perspectiva un poco más amplia, y no limitarse simplemente a hacer un ejercicio de jurisprudencia mecánica. Tal como la planteó la Asamblea General, la cuestión ya circunscribe a la Corte a un aspecto relativamente estrecho de la controversia más amplia relativa al estatuto definitivo de Kosovo. Que la Corte haya optado conscientemente por hacer aún más estrecho el alcance de la cuestión ha conllevado un método de razonamiento judicial que ha hecho caso omiso de algunas de las cuestiones más importantes relacionadas con el estatuto definitivo de Kosovo. El hecho de no haber siquiera inquirido si una declaración de independencia podía ser “tolerada”, o incluso expresamente permitida en derecho internacional no hace justicia a la solicitud de la Asamblea General y, en mi opinión, reduce significativamente la calidad del *asesoramiento* brindado en esta opinión.

(Firmado) Bruno Simma.

Opinión separada del magistrado Keith

1. La Corte, en mi opinión, debería haber ejercido su discrecionalidad para negarse a responder a la cuestión que la Asamblea General le planteó el 8 de octubre de 2008 en la resolución 63/3. En la presente opinión expongo las razones en las que fundo mi conclusión.

2. Si bien los términos del texto en francés del artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones pueden haberse interpretado en el sentido de privar a la Corte Permanente de Justicia Internacional la discrecionalidad para negarse (la Corte “*donnera aussi des avis consultatifs*” sobre los asuntos que la planteen el Consejo o la Asamblea) y el texto en inglés pudo haberse interpretado como una disposición habilitante, y no como un otorgamiento de discrecionalidad (“The Court *may* also give an advisory opinion...”), la Corte dejó en claro, desde sus primeros tiempos, que tenía discrecionalidad para no acceder a una solicitud. En 1923, en la causa relativa a la *Condición Jurídica de Carelia Oriental, Opinión consultiva, 1923, P.C.I.J., Series B, núm. 5*, la Corte, después de decidir que le era “imposible” emitir una opinión sobre la controversia que tenía ante sí, continuó diciendo “que hay otras razones imperiosas que hacen que sea muy inoportuno que [la Corte] trate de ocuparse de la presente cuestión” (pág. 28). Esas razones se relacionaban con la disponibilidad de pruebas acerca de una cuestión de hecho que estaba en el corazón de la controversia. Era muy dudoso, dijo la Corte, que pudiera disponer de materiales suficientes que le permitieran llegar a una conclusión judicial sobre la cuestión de hecho: ¿qué es lo que acordaron las partes? Si bien esa razón en particular para negarse a emitir una opinión no se plantea en la presente causa, lo que es significativo, además del reconocimiento de la Corte de que tenía discrecionalidad para no acceder a una solicitud, es su declaración de principio más general: “La Corte, que es un tribunal de justicia, no puede, incluso cuando emite opiniones consultivas, apartarse de las normas esenciales que orientan [su] actividad como tribunal.” (pág. 29.)

3. En esa etapa inicial la Corte tenía cuidado de subrayar que, en su jurisdicción consultiva, no era simplemente un asesor de los órganos políticos de la Sociedad que, como tal, estuviera obligado a responder al antojo de dichos órganos. Era un tribunal y tenía que mantener su integridad judicial en el ejercicio de esa competencia igual que en su competencia contenciosa. Siguió subrayando ese carácter esencial en su práctica y en las normas relacionadas con su competencia consultiva. Dichas normas pasaron en 1936 al Estatuto de la Corte Permanente y a su vez fueron incluidas en el Estatuto de esta Corte. Entre ellas es destacable el Artículo 68: “En el ejercicio de sus funciones consultivas, la Corte se guiará además por las disposiciones de este Estatuto que rijan en materia contenciosa, en la medida en que la propia Corte las considere aplicables.” El Artículo 65, párrafo 1, que es la única adición al Capítulo relativo a las opiniones consultivas incluida en el Estatuto de esta Corte, reconoce expresamente que la Corte tiene discrecionalidad para decidir si responde a una solicitud: “La Corte podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica...” [en francés, “La Cour peut donner un avis consultatif sur toute question juridique”; en inglés, “The Court may give an advisory opinion on any legal question...”].

4. Esa discrecionalidad existe por buenas razones. La Corte, al ejercerla, considera tanto su carácter de órgano principal de las Naciones Unidas como su carácter de órgano judicial. En lo tocante al primer aspecto, la Corte declaró desde los primeros tiempos que el ejercicio de su competencia consultiva representa su participación en las actividades de la Organización y, *en principio*, no debería negarse (*Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania (Primera fase), Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1950*, págs. 71 y 72). Esa indicación de una fuerte inclinación a responder se refleja también en la posterior declaración de la Corte de que tendría que haber “razones imperiosas” para justificar una negativa (*Fallos dictados por el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo con motivo de las demandas presentadas contra la UNESCO, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1956*, pág. 86). Si bien el mantenimiento de su integridad como órgano judicial ha sido hasta la fecha la razón para negarse que la Corte ha destacado, la Corte no ha dicho nunca que sea el *único* factor que podría determinarla a negarse. Por lo tanto, también puede haber otras consideraciones, entre ellas, el interés del órgano solicitante y los intereses relativos de otro órgano de las Naciones Unidas, punto que se examina más adelante.

5. Ese examen del derecho pone de relieve el vínculo entre el interés del órgano solicitante y la fuerte inclinación de la Corte a responder, o el deber de hacerlo, como a veces se expresa. Consiguientemente, considero con cierto detalle los hechos relacionados con esta solicitud en particular y los intereses relativos de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad. El ejercicio de la discrecionalidad, reconocida por el Artículo 65, párrafo 1, del Estatuto, no debería, en una causa como la presente, ser indebidamente obstaculizado por un rótulo tal como “razones imperiosas”.

6. La cuestión que para mí es decisiva es la de si en la presente causa la solicitud debería haber provenido del Consejo de Seguridad y no de la Asamblea General, y si por esa razón la Corte debía negarse a responder a la cuestión. Esa formulación de la cuestión plantea la duda de si la Corte puede correctamente hacer valer ese argumento en relación con su participación como órgano principal de las Naciones Unidas dentro del sistema de las Naciones Unidas en general o a los efectos de proteger la integridad de su función judicial. Para que mi posición quede clara, añadiré que no habría podido ver ninguna posible razón para que la Corte se negara a responder a la cuestión en la presente causa si hubiese sido planteada por el Consejo de Seguridad. Mi preocupación se refiere sólo a si es prudente que la Corte responda a la Asamblea General en las circunstancias de la presente causa. Considero que la Corte debería abordar la cuestión de si es correcto que un órgano solicite una opinión en caso de que la solicitud se refiera esencialmente al ejercicio efectivo por otro órgano de poderes especiales asignados en virtud de la Carta, en relación con el asunto que es objeto de la solicitud. Como se verá, esta precisa cuestión no ha surgido con respecto a ninguna solicitud anterior de opinión consultiva.

* * *

7. Si bien centraré la atención primariamente en la resolución 1244 del Consejo de Seguridad, aprobada el 10 de junio de 1999, y en las medidas adoptadas después de esa fecha por el Consejo de Seguridad y la Asamblea General, algunas acciones anteriores también son pertinentes para apreciar sus papeles relativos desde esa fecha, y en particular a finales de 2008, cuando la Asamblea formuló su solicitud a

la Corte. En el decenio de 1990 ambos órganos tuvieron papeles sustanciales con respecto a las crisis y los conflictos armados en curso en el territorio de la República Federativa Socialista de Yugoslavia y los nuevos Estados formados a partir de ella. La preocupación del Consejo de Seguridad se refería primariamente a las cuestiones de la paz y la seguridad internacionales que se planteaban allí y, en ese contexto, a la imposición de sanciones, el establecimiento y el funcionamiento de fuerzas de mantenimiento de la paz y el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Entre el 31 de marzo de 1998 y el 14 de mayo de 1999, el Consejo también aprobó cuatro resoluciones relativas específicamente a Kosovo. Todas ellas fueron aprobadas en virtud del Capítulo VII de la Carta y, como la “crisis” se desarrolló hasta ser una “catástrofe humanitaria”, en ella se dirigieron varios llamamientos y exigencias a la República Federativa de Yugoslavia, los dirigentes albaneses de Kosovo y otros. (Véase también la resolución 1367 (2001), por la que se puso fin a la prohibición de venta y suministro de armas impuesta en la primera de dichas resoluciones.)

8. La participación de la Asamblea General en ese primer período tuvo lugar principalmente en lo tocante a la situación de los derechos humanos, primero en el territorio de la ex Yugoslavia en general (por ejemplo, la resolución 48/153 (1993) de la Asamblea General, cuyo párr. 17 se refiere a Kosovo), y, a partir de 1995, específicamente en Kosovo. La más reciente de las resoluciones de esa serie anual (la resolución 54/183 de la Asamblea General) fue aprobada el 17 de diciembre de 1999. En ella, la Asamblea asigna un lugar importante a la resolución 1244 y al papel de la recién establecida Misión de las Naciones Unidas en Kosovo (párrafos 1, 2, 3 y 5). Mientras que entre 2000 y 2006 la Asamblea aprobaba resoluciones relacionadas con el “Mantenimiento de la seguridad internacional — buena vecindad, estabilidad y desarrollo en Europa sudoriental”, sus referencias a Kosovo se limitaban esencialmente a la resolución 1244 y a los procesos en marcha en virtud de ella (por ejemplo, la resolución 61/53 de la Asamblea General). A partir de 1999, las únicas resoluciones aprobadas por la Asamblea relativas particularmente a Kosovo han sido las resoluciones aprobadas en virtud del Artículo 17, párrafo 1, de la Carta, por las que se aprobaba el presupuesto de la UNMIK para el año siguiente, y, desde luego, la resolución por la cual se solicitó la opinión en la presente causa, una solicitud que — hecho singular en la práctica de la Asamblea y el Consejo — no surgió en relación con un tema del programa de carácter más general.

9. Son significativos dos rasgos de esas resoluciones presupuestarias. El primero es que las sumas aprobadas año a año para la Misión hasta 2008 oscilaron entre 200 y 400 millones de dólares, con un personal de entre 5.000 y 10.000 efectivos; pero para los años posteriores se han reducido sustancialmente, a unos 50 millones de dólares, con 500 efectivos. Esa reducción refleja el importante papel desempeñado desde diciembre de 2008 por la Misión de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Kosovo (EULEX), con un presupuesto de más de 300 millones de dólares y más de 2.000 efectivos, con una meta de 3.000. El segundo rasgo de las resoluciones es que su consideración por la Asamblea no determinó que ésta ni su Quinta Comisión llevaran a cabo ningún tipo de consideración sustantiva de la situación en Kosovo, incluidos los acontecimientos políticos allí ocurridos; más bien, el Secretario General y la Comisión Consultiva en Asuntos Administrativos y de Presupuesto (CCAAP) presentaron informes y propuestas pertinentes a la Quinta Comisión y las resoluciones resultantes estuvieron centradas en la financiación de la Misión, incluidas las obligaciones de los Estados de pagar sus cuotas, así como las

que estuvieran pendientes de pago. En la medida en que las resoluciones van más allá de la financiación de la Misión, se refieren a la financiación de las operaciones de mantenimiento de la paz en otras partes del mundo y a la seguridad de los miembros de la Misión (por ejemplo, párrs. 4 a 7 y 24 de la resolución 63/295 de la Asamblea General). El papel limitado de la Asamblea con respecto a este tema presupuestario no es inusual. Por un lado, algunas partes del presupuesto aprobado por la Asamblea General se incluyen para sufragar obligaciones financieras existentes de las Naciones Unidas, que no pueden ser negadas, como dejó en claro la Corte en su opinión relativa a los *Efectos de los fallos del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas en los que se fijan indemnizaciones, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1954*, págs. 47 y ss.).

10. La introducción de la EULEX, junto con la reducción conexas del papel de la UNMIK y la reducción de su presupuesto fueron objeto de debates en el Consejo de Seguridad en noviembre de 2008 y en la Quinta Comisión y la Asamblea General en junio de 2009. Los primeros culminaron con una declaración de la Presidencia en la que se acogían con beneplácito las intenciones de Belgrado y Pristina de cooperar con la comunidad internacional (véase párr. 13 *infra*). El 3 de junio de 2009, cuando se estaba considerando en la Quinta Comisión el muy reducido presupuesto de la UNMIK para el año siguiente, el representante de Serbia expresó su preocupación y dijo que la reducción contravenía la resolución 1244 pues iba más allá de lo que había sido acogido con beneplácito por el Consejo de Seguridad y era inaceptable sobre la base de la declaración unilateral de independencia, pues ello “result[aba] contrario a la posición de neutralidad con respecto a la cuestión del estatuto a que est[aba] obligada la UNMIK” (A/C.5/63/SR 51, párr. 16). La propuesta de Serbia de creación de tres puestos del Cuadro Orgánico en la Oficina del Representante Especial para la coordinación y la cooperación entre la UNMIK y la EULEX fue incluida en el presupuesto, y el representante de Serbia expresó en el plenario la satisfacción de su país por ese hecho “en el marco de neutralidad de la resolución 1244 (1999) del Consejo” (A/63/PV.93, pág. 6).

11. Con esos antecedentes de una muy limitada participación de la Asamblea General en lo tocante a la situación en Kosovo desde 1999, paso a considerar el marcadamente contrastante papel del Consejo de Seguridad y la UNMIK establecida con arreglo a la resolución 1244. El Consejo, en esa resolución, “actuando [a los efectos enunciados en el preámbulo] en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas”, autoriza determinadas acciones, toma varias decisiones y hace varias solicitudes conexas y formula determinadas exigencias. El Consejo autorizó una presencia internacional de seguridad y una presencia internacional civil. Con respecto a la primera, autorizó a los Estados Miembros y a las organizaciones internacionales competentes para que estable[cieran] la presencia internacional de seguridad en Kosovo con todos los medios necesarios para cumplir las funciones enunciadas en el párrafo 9:

- “c) Establecer un entorno seguro de modo que los refugiados y las personas desplazadas puedan regresar a sus hogares en condiciones de seguridad, la presencia internacional civil pueda desarrollar sus actividades, se pueda establecer una administración de transición y se pueda prestar ayuda humanitaria;
- d) Mantener el orden y la seguridad públicos hasta que pueda asumir esa responsabilidad la presencia internacional civil;

- f)* Prestar apoyo, según proceda, a la labor de la presencia internacional civil y mantener una estrecha coordinación con ella”.

En la segunda, el Consejo autoriza al Secretario General

“para que, con la asistencia de las organizaciones internacionales competentes, establezca una presencia internacional civil en Kosovo a fin de que Kosovo tenga una administración provisional bajo la cual su población pueda gozar de una autonomía sustancial dentro de la República Federativa de Yugoslavia y que constituya una administración de transición al tiempo que establezca y supervise las instituciones provisionales de gobierno democrático autónomo necesarias para que todos los habitantes de Kosovo puedan vivir en paz y en condiciones de normalidad”.

Entre las principales responsabilidades de la presencia internacional civil, enunciadas en el párrafo 11, figuraban las siguientes:

- a)* Promover el establecimiento, hasta que se llegue a una solución definitiva, de una autonomía y un gobierno autónomo sustanciales en Kosovo...;
- b)* Cumplir funciones administrativas civiles básicas donde y mientras sea necesario;
- c)* Organizar y supervisar el desarrollo de instituciones provisionales de autogobierno democrático y autónomo hasta que se llegue a una solución política, incluida la celebración de elecciones;
- d)* Transferir, a medida que se establezcan esas instituciones, sus funciones administrativas a estas últimas y, al mismo tiempo, supervisar y apoyar la consolidación de las instituciones provisionales locales de Kosovo, así como de otras actividades de establecimiento de la paz;
.....
- i)* Mantener la ley y el orden público, incluso mediante el establecimiento de un cuerpo de policía local y, entre tanto, mediante el despliegue de agentes de policía internacionales en Kosovo;
- j)* Proteger y promover los derechos humanos;
- k)* Velar por que todos los refugiados y personas desplazadas puedan regresar libremente y en condiciones de seguridad a sus hogares en Kosovo”.

Esas dos presencias internacionales (una civil y una de seguridad) fueron establecidas por un período inicial de 12 meses y habían de continuar posteriormente a menos que el Consejo de Seguridad decidiese lo contrario. El Consejo solicitó al Secretario General que, en consulta con el Consejo, designase a un Representante Especial para que controlase el despliegue de la presencia internacional civil y asegurase que las actividades de las dos presencias se orientasen hacia los mismos objetivos y se apoyasen mutuamente.

12. Si bien el Consejo “[r]eafirm[ó] la adhesión de todos los Estados Miembros al principio de la soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia”, el efecto de la resolución, mientras permaneciese en vigor, era desplazar las funciones administrativas y conexas de la República Federativa de

Yugoslavia que de no ser así ésta hubiese ejercido por conducto de sus instituciones en calidad de soberano sobre el territorio de Kosovo. El carácter plenario de la autoridad de la UNMIK y del Representante Especial sobre el territorio de Kosovo se manifestó desde el inicio en el primer reglamento de la UNMIK adoptado por el Representante Especial. Dicho reglamento disponía que “[t]oda la autoridad legislativa y ejecutiva con respecto a Kosovo, incluida la administración de justicia, queda atribuida a la UNMIK y es ejercida por el Representante Especial del Secretario General”.

13. En la resolución 1244, el Consejo solicitó al Secretario General que le presentara periódicamente informes sobre la aplicación de la resolución, incluidos los informes de los jefes de las dos presencias. Dichos informes, presentados como término medio cada tres meses, son objeto de debates en los cuales los miembros del Consejo y otros participantes exponen su opinión sobre los acontecimientos. A causa de las divisiones políticas dentro del Consejo (que explican su falta de observaciones sobre la solicitud de la Asamblea en la presente causa), éste sólo podido una vez, desde que aprobó la resolución, formular una posición convenida acerca de la situación en Kosovo. Lo hizo en la declaración de la Presidencia de 26 de noviembre de 2008 (S/PRST/2008/44), en la cual acogió con beneplácito las intenciones de Belgrado y Pristina de cooperar con la comunidad internacional y continuó en los términos siguientes:

“El Consejo de Seguridad acoge con beneplácito la cooperación entre las Naciones Unidas y otras instancias internacionales, en el marco de su resolución 1244 (1999), y acoge con beneplácito también los esfuerzos permanentes de la Unión Europea por hacer avanzar la perspectiva europea para los Balcanes occidentales en su conjunto, con lo cual contribuye de manera decisiva a la estabilidad y la prosperidad de la región.”

De ello se infiere, como de hecho es generalmente aceptado incluso por las autoridades de Kosovo, que la resolución sigue estando en vigor, junto con las presencias establecidas con arreglo a ella.

14. ¿Qué es lo que se puede concluir de la reseña que antecede, en lo tocante a los intereses relativos y absolutos de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad en el asunto presentado a la Corte por la Asamblea? La resolución 1244 aprobada por el Consejo de Seguridad, el papel del Consejo con arreglo a ella y el papel de su órgano subsidiario, la UNMIK, son el objeto mismo de la indagación acerca de la conformidad de la declaración de independencia con la *lex specialis* en el presente caso — la resolución y las acciones llevadas a cabo con arreglo a ella. La resolución, aprobada en virtud del Capítulo VII de la Carta y dotada de fuerza obligatoria, estableció una administración internacional territorial provisional con plenos poderes internos que sustituyó durante su existencia la autoridad de la República Federativa de Yugoslavia, que seguía siendo soberana. En contraste, el único papel dispositivo de la Asamblea a partir de junio de 1999 y de la introducción de ese régimen ha sido el de aprobar el presupuesto de la Misión.

* * *

15. Vuelvo a la jurisprudencia de la Corte y en particular a la razón crítica de su reconocimiento de que, en su calidad de órgano principal de las Naciones Unidas, debe en principio responder a las solicitudes de opiniones. La Corte acompaña ordinariamente ese reconocimiento con una indicación del interés que el órgano

solicitante tiene para solicitar una opinión de la Corte: *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania (Primera fase)*, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1950, págs. 65, 70, 71, 72; *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1951, págs. 15, 19 y 20; *Ciertos gastos de las Naciones Unidas (Artículo 17, párrafo 2, de la Carta)*, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1962, págs. 151, 155, 156; *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1971, pág. 16, párr. 32; *Sáhara Occidental*, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1975, pág. 12, párrs. 20 y 72; *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1996 (I), pág. 226, párrs. 11, 12, y *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 2004 (I), pág. 145, párrs. 16 y 17 y págs. 162 y 163, párr. 60. Además, en el caso de cada una de las demás solicitudes formuladas por la Asamblea General o el Consejo de Seguridad, su interés ha sido manifiesto y no era necesario que se enunciara expresamente en la solicitud ni que se refirieran a él los participantes en el procedimiento o la Corte. En la opinión sobre el *Muro*, refiriéndose a varias de las causas mencionadas, la Corte dijo lo siguiente:

“Como se desprende de la jurisprudencia de la Corte, las opiniones consultivas tienen la finalidad de proporcionar a los órganos solicitantes los elementos de derecho *necesarios para sus actividades*.” (Párr. 60; cursivas añadidas.)

Si bien la Corte ha dejado en claro que no evaluará los motivos del órgano solicitante (*Condiciones de admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas (Artículo 4 de la Carta)*, Opinión consultiva, 1948, I.C.J. Reports 1947-1948, pág. 61; y opinión sobre el *Muro*, párr. 62), en la práctica sí determina, en caso de que el punto se plantee, si el órgano solicitante tiene o afirma tener un interés suficiente en el objeto de la solicitud.

16. En ausencia de tal interés, no está presente el fin de suministrar al órgano solicitante los elementos de derecho que necesita para sus actividades. Consiguientemente, no existe la razón para que la Corte coopere y desaparezca lo que a veces se denomina su deber de responder.

17. En la presente causa, la Corte, en mi opinión, no tiene base que le permita llegar a la conclusión de que la Asamblea General, que no ha formulado tal pretensión, tiene el interés necesario. También es muy significativo para mí el papel casi exclusivo del Consejo de Seguridad en este asunto. Habida cuenta del carácter central de dicho papel para la cuestión sustantiva formulada (según surge de la Parte IV B de la Opinión de la Corte) y de la aparente falta de interés de la Asamblea, concluyo que la Corte debió haber ejercido su discrecionalidad y haberse negado a responder a la cuestión que le planteó la Asamblea General.

18. Añado que no entiendo que esta conclusión resulte afectada por las opiniones sobre las *Condiciones de admisión*, *Ciertos gastos*, *Namibia* y el *Muro*, en las que se funda la Corte en este contexto. En todas esas causas, tanto la Asamblea General como el Consejo de Seguridad tenían un interés real. En la única causa en la cual una resolución del Consejo de Seguridad estaba expresamente en el centro de la solicitud, *Namibia*, fue el Consejo quien formuló la solicitud. En la causa relativa a las *Condiciones de admisión*, en la cual la Asamblea General había hecho referencia

en su solicitud al intercambio de opiniones que había tenido lugar en sesiones del Consejo de Seguridad, la Corte determinó que la forma abstracta en que estaba enunciada la cuestión impedía la interpretación de que tuviera que decir si las opiniones mencionadas estaban bien fundadas o no (*I.C.J. Reports 1947-1948*, pág. 61). Si bien, en la causa relativa a *Ciertos gastos*, la Corte, al responder a una solicitud de la Asamblea General, consideró una secuencia de resoluciones del Consejo de Seguridad, cada una de las cuales se fundaba en la otra, no tuvo que abordar cuestiones de interpretación de dichas resoluciones de la índole de las que se le plantearon en la presente causa (*I.C.J. Reports 1962*, págs. 175 a 177). Además, ninguna de esas causas se refería a nada comparable al régimen de administración internacional territorial introducido por la resolución 1244 del Consejo de Seguridad.

* * *

19. Como lo indica mi voto, estoy de acuerdo con la decisión sustantiva adoptada por la Corte, esencialmente por las razones que ella ha dado.

(Firmado) Kenneth Keith

Opinión separada del magistrado Sepúlveda-Amor

Suscribe totalmente la decisión de la Corte de acceder a la solicitud de opinión consultiva — No hay razones imperiosas para abstenerse de ejercer competencia con respecto a la presente solicitud — La Corte, en virtud de sus responsabilidades en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, tiene el deber de ejercer su función consultiva con respecto a las cuestiones jurídicas que, como la presente, se refieren a situaciones previstas en el Capítulo VII — Una determinación en virtud del Capítulo VII requiere una respuesta positiva del órgano judicial principal de las Naciones Unidas, que no sólo está facultado para participar en el logro de la paz y contribuir a él, sino, ante todo, obligado a hacerlo.

No puede estar de acuerdo con el razonamiento de la Corte en el sentido de que los autores de la declaración de independencia no actuaron en calidad de una de las instituciones provisionales de autogobierno dentro del Marco Constitucional — Los argumentos formulados por la Corte se fundan en las intenciones atribuidas a los autores de la declaración de independencia, en inferencias derivadas de su redacción y en particularidades de procedimiento que acompañaron a su adopción — El fin de los autores de la declaración de independencia era establecer un Estado independiente y soberano — La cuestión radica en determinar si la medida se ajustaba al orden jurídico en vigor en Kosovo en 2008 — La Corte debía haber procedido a apreciar la juridicidad de la declaración de independencia por referencia a la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y al Marco Constitucional.

La Corte podía haber adoptado una perspectiva más amplia, y haber dado una respuesta más comprensiva a la solicitud de la Asamblea General — Aunque no se ha pedido a la Corte que decida acerca de las consecuencias producidas por la declaración de independencia, sino sólo que determine si se ajusta al derecho internacional, se necesita un panorama más amplio — Cuestiones tales como el alcance de la libre determinación, la “secesión correctiva”, la extensión de los poderes del Consejo de Seguridad con respecto a la integridad territorial, el destino de una administración internacional establecida en virtud del Capítulo VII, las complejidades de las relaciones entre la UNMIK y las instituciones provisionales de autogobierno y el efecto del reconocimiento y el no reconocimiento en el presente caso están dentro del ámbito de las funciones consultivas de la Corte.

I. Los poderes discrecionales de la Corte

1. He votado a favor de la decisión de la Corte de acceder a la solicitud de opinión consultiva formulada por la Asamblea General, porque estoy persuadido de que “no existen razones imperiosas para que se abstenga de ejercer su competencia con respecto a la presente solicitud” (Opinión consultiva, párrafo 48).
2. No sólo suscribo totalmente el razonamiento expuesto por la mayoría de los miembros de la Corte según el cual es judicialmente prudente que se emita una opinión consultiva en la presente causa; también opino que la Corte, en virtud de sus

responsabilidades en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, tiene el deber de ejercer su función consultiva con respecto a cuestiones jurídicas que, como la presente, se refieren a situaciones previstas en el Capítulo VII.

3. En otras palabras, el hecho de que en relación con la cuestión de Kosovo, el Consejo de Seguridad, que sigue ocupándose activamente del asunto, haya actuado en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y haya determinado, en la resolución 1244 (1999), que “la situación en la región sigue constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad internacionales”, es, por sí solo, una “razón imperiosa” para que la Corte acceda a la solicitud de la Asamblea General.

4. A pesar de la naturaleza fundamentalmente discrecional de la función consultiva de la Corte en virtud del Artículo 65, párrafo 1, de su Estatuto, esta Corte nunca se ha negado a responder a una solicitud de opinión consultiva, siempre que se hayan cumplido las condiciones de competencia (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 156, párr. 44). Si se sigue el mismo camino en la presente causa se fortalecerá la certeza jurídica y se asegurará la predictibilidad y la congruencia en la jurisprudencia de la Corte.

5. La Corte ha reconocido reiteradamente que el cumplimiento de su función consultiva “representa su participación en las actividades de la Organización y, en principio, no debería denegarse” (*Interpretación de los tratados de paz, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1950*, pág. 71; *Diferencia relativa a la inmunidad de jurisdicción de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1999*, págs. 78 y 79, párr. 29; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 156, párr. 44).

6. Según una jurisprudencia bien establecida, “sólo ‘razones imperiosas’ deberían llevar a la Corte a negar su opinión en respuesta a una solicitud comprendida dentro de su competencia” (*Fallos dictados por el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo con motivo de las demandas presentadas contra la UNESCO, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1956*, pág. 86; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 156, párr. 44).

7. Como indica la Corte en el párrafo 29 de su Opinión consultiva, “[l]a discrecionalidad para decidir si responde a una solicitud de opinión consultiva o no existe a fin de proteger la integridad de la función judicial de la Corte”.

8. Cuando se aprecia si es judicialmente prudente emitir una opinión consultiva en determinada causa, es preciso considerar las responsabilidades particulares asignadas a la Corte dentro de la arquitectura de la Carta de las Naciones Unidas. A este respecto, la proposición según la cual las funciones judiciales de la Corte están indisolublemente vinculadas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales es, en mi opinión, indiscutible. Mal podría ser de otra manera, si se considera que la Corte es el órgano judicial principal de una organización mundial cuya propia razón de ser *fue* la conservación de la paz entre sus miembros.

9. La Corte así lo ha reconocido en su providencia sobre medidas provisionales en la causa relativa a la *Legalidad del uso de la fuerza (Yugoslavia c. Bélgica)*. Después de expresar su profunda preocupación por el uso de la fuerza en

Yugoslavia, la Corte se declaró “consciente de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y de sus *propias responsabilidades en el mantenimiento de la paz y la seguridad [internacionales] con arreglo a la Carta y al Estatuto de la Corte*” (*Legalidad del uso de la fuerza (Yugoslavia c. Bélgica), Medidas provisionales, Providencia de 2 de junio de 1999 (I), I.C.J. Reports 1999*, pág. 132, párr. 18; cursivas añadidas).

10. El papel de la Corte en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales por conducto del ejercicio de su jurisdicción contenciosa y consultiva encuentra apoyo en la Carta de las Naciones Unidas, el Estatuto de la Corte y la práctica posterior de los órganos principales de las Naciones Unidas, incluida la propia jurisprudencia de la Corte.

11. En virtud del Artículo 36, párrafo 1, de su Estatuto, la competencia de la Corte “se extiende a... todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas...”. Tales asuntos comprenden indudablemente a los propósitos y principios de la Organización, el primero de los cuales es “[m]antener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin:... lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz” (Artículo 1, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas).

12. Por su parte, el Artículo 36, párrafo 3, de la Carta dispone que, cuando haga recomendaciones para el arreglo pacífico de controversias en virtud del Capítulo VI, el Consejo de Seguridad “deberá tomar también en consideración que las controversias de orden jurídico, por regla general, deben ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con las disposiciones del Estatuto de la Corte”.

13. Con respecto a la jurisprudencia de la Corte, es importante señalar que la Corte “jamás ha eludido el conocimiento de una causa planteada ante ella simplemente por el hecho de que tuviera consecuencias políticas” (*Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América) (Competencia y admisibilidad), Sentencia, I.C.J. Reports 1984*, pág. 435, párr. 96) ni se ha negado a acceder a una solicitud de opinión consultiva simplemente por sus consecuencias políticas supuestamente negativas.

14. En la causa relativa a las *Armas nucleares*, la Corte explicó que

“El hecho de que esta cuestión también tenga aspectos políticos, como, en la naturaleza de las cosas, ocurre con tantas cuestiones que surgen en la vida internacional, no basta para privarla de su carácter de ‘cuestión jurídica’ y ‘privar a la Corte de una competencia que le confiere expresamente su Estatuto’.... Cualesquiera sean sus aspectos políticos, la Corte no puede negarse a admitir el carácter jurídico de una cuestión que la invita a cumplir un cometido esencialmente judicial, a saber, una apreciación de la legalidad de la posible conducta de los Estados con respecto a las obligaciones que les impone el derecho internacional.” (*Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 234, párr. 13.)

Como dijo la Corte en 1980, “en situaciones en las que las consideraciones políticas son prominentes puede ser particularmente necesario que una organización internacional obtenga una opinión consultiva de la Corte acerca de los principios

jurídicos aplicables con respecto al asunto objeto de debate” (*Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1980*, pág. 87, párr. 33).

15. La responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad por el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, en virtud del Artículo 24 de la Carta de las Naciones Unidas, no ha sido un obstáculo para que la Corte afirme las responsabilidades complementarias de la Asamblea General, así como las suyas propias, en esta esfera, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia.

16. Así pues, la Corte ha subrayado constantemente que, si bien son primordiales, las responsabilidades del Consejo de Seguridad en virtud del Artículo 24 de la Carta no son en modo alguno exclusivas (*Ciertos gastos de las Naciones Unidas (Artículo 17, párrafo 2, de la Carta), Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1962*, pág. 163; *actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América) (Competencia y admisibilidad), Sentencia, I.C.J. Reports 1984*, pág. 434, párr. 95; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 2004 (I)*, págs. 148 y 149, párrs. 26 y 27).

17. En la causa relativa a *Nicaragua (Competencia y admisibilidad)*, la Corte enunció la opinión de que “el hecho de que un asunto esté ante el Consejo de Seguridad no debe impedir que la Corte conozca de él y que ambos procedimientos puedan ser llevados adelante *pari passu*” (*Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América) (Competencia y admisibilidad), Sentencia, I.C.J. Reports 1984*, pág. 433, párr. 93).

18. Antes de ello, en la causa relativa al *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, la Corte aprovechó la oportunidad de poner de relieve la diferente demarcación de competencias operada por la Carta de las Naciones Unidas entre, por un lado, el Consejo de Seguridad y la Asamblea General, y, por otro, el Consejo de Seguridad y la propia Corte:

“Mientras que el Artículo 12 de la Carta prohíbe expresamente a la Asamblea General hacer recomendación alguna sobre una controversia o situación mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando sus funciones con respecto a dicha controversia o situación, no se ha impuesto una restricción de esa índole al funcionamiento de la Corte en ninguna disposición de la Carta ni del Estatuto de la Corte. Las razones son claras. Incumbe a la Corte, órgano judicial principal de las Naciones Unidas, resolver cualesquiera cuestiones jurídicas que estén en discusión entre partes en una controversia; y la resolución de dichas cuestiones jurídicas por la Corte puede ser un factor importante, y a veces decisivo, para promover la solución pacífica de la controversia. De hecho, ello está reconocido por el Artículo 36 de la Carta...” (*Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos de América c. Irán), Sentencia, I.C.J. Reports 1980*, pág. 22, párr. 40.)

En vista de lo que antecede, la Corte concluyó en la causa relativa a *Nicaragua (Competencia y admisibilidad)* que

“Consiguientemente, la Carta no confiere al Consejo de Seguridad responsabilidad *exclusiva* con tal fin. Mientras que en el Artículo 12 se dispone una clara demarcación de funciones entre la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, con respecto a una controversia o situación (que la

primera no hará recomendación alguna sobre dicha controversia o situación a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad) no existe una disposición análoga con respecto al Consejo de Seguridad y la Corte en ninguna parte de la Carta. Al Consejo se le han asignado funciones de naturaleza política, mientras que la Corte ejerce funciones puramente judiciales. Por consiguiente, ambos órganos pueden desempeñar sus funciones separadas pero complementarias con respecto a los mismos acontecimientos.” (*Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América) (Competencia y admisibilidad)*, Sentencia, I.C.J. Reports 1984, págs. 434-435, párr. 95.)

19. En mi opinión, aunque la formulación se hizo en el contexto de procedimientos contenciosos, el fundamento del papel de la Corte en el mantenimiento de la paz internacional es igualmente pertinente para la función consultiva de la Corte. Ello resulta subrayado por el Artículo 96 de la Carta, que debe interpretarse como un reconocimiento implícito de la contribución de la Corte a la labor de los órganos políticos principales de las Naciones Unidas mediante el ejercicio de su competencia consultiva con respecto a cualquier “cuestión jurídica”.

20. A la luz de lo que antecede, no se puede presumir que, a causa de la naturaleza discrecional de la función consultiva de la Corte en virtud del Artículo 65 del Estatuto, la Corte esté en modo alguno predispuesta a no acceder a las solicitudes de opiniones consultivas toda vez que una cuestión jurídica pueda tener consecuencias para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

21. La cuestión que es objeto de la solicitud presentada por la Asamblea General en la presente causa ciertamente tiene tales consecuencias. No sólo el Consejo de Seguridad ha calificado a la situación en Kosovo como una amenaza para la paz y la seguridad internacionales (resolución 1203 (1998), de 24 de octubre de 1998, y resolución 1244 (1999), de 10 de junio de 1999), sino que, lo cual es más importante, ha llegado a instituir un régimen internacional de administración civil sin precedentes en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

22. Una situación enmarcada en el Capítulo VII exige una respuesta positiva del órgano judicial principal de las Naciones Unidas, que no sólo está facultado sino, ante todo, obligado a participar en el logro de la paz y a contribuir a él. La Corte cumple sus deberes jurídicos cuando se le solicita que lo haga, brindando asistencia y orientación que pueden ayudar a impedir el agravamiento de un conflicto. Sobre la cuestión de Kosovo, una importante contribución de la Corte es la de interpretar la resolución 1244 del Consejo de Seguridad, incluso mediante la determinación de que sigue estando en vigor y que sólo el Consejo de Seguridad está autorizado para determinar que ya no está más en vigor.

II. La resolución 1244 (1999), el Marco Constitucional y los autores de la declaración de independencia

23. Si bien estoy totalmente de acuerdo con la determinación de la Corte de que, en relación con la identidad de los autores de la declaración de independencia, la Corte no está limitada por los términos de la resolución 63/3 de la Asamblea General, de 8 de octubre de 2008 y, que, por consiguiente, incumbe a la Corte decidir si la declaración de independencia fue promulgada por las instituciones

provisionales de autogobierno de Kosovo o por alguna otra entidad (Opinión consultiva, párrafo 54), no estoy de acuerdo con el razonamiento de la Corte según el cual

“los autores de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no actuaron como una de las instituciones provisionales de autogobierno dentro del Marco Constitucional, sino como personas que actuaban en conjunto en su calidad de representantes del pueblo de Kosovo fuera del marco de la administración provisional” (Opinión consultiva, párrafo 109).

24. En mi opinión, los argumentos expuestos por la Corte en apoyo de su conclusión no son persuasivos, pues se fundan en las intenciones atribuidas a los autores de la declaración de independencia, en inferencias extraídas de la redacción de la declaración de independencia y en las particularidades de procedimiento que acompañaron a su adopción.

25. Es muy posible que la declaración de independencia haya presentado varias peculiaridades que la diferenciaban de otros actos adoptados por la Asamblea de Kosovo como institución provisional de autogobierno actuando dentro del Marco Constitucional. Sin embargo, la cuestión fundamental es la de si la declaración de independencia se ajusta a la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, a los reglamentos de la UNMIK y al Marco Constitucional de Kosovo, que en conjunto constituyen el orden jurídico superior aplicable a la situación en Kosovo en el momento de la declaración de independencia.

26. La Corte señala, para apoyar su argumento, que la declaración no dice expresamente que fue obra de la Asamblea de Kosovo, y el hecho de que el primer párrafo de la declaración de independencia comience con la frase “Nosotros, los dirigentes democráticamente elegidos de nuestro pueblo...”, en contraste con la que parecía ser práctica común de la Asamblea de Kosovo, que empleaba la tercera persona del singular (y no la primera persona del plural) en el texto de los actos que adoptaba (Opinión consultiva, párrafo 107).

27. Tal vez el procedimiento seguido para la adopción de la declaración de independencia también haya diferido del procedimiento ordinario generalmente seguido por las instituciones provisionales de autogobierno, pues fue firmada por el Presidente de Kosovo (que no era miembro de la Asamblea) y no fue transmitida al Representante Especial del Secretario General para su publicación en la Gaceta Oficial.

28. Si bien las particularidades mencionadas son un punto de hecho, es cuestionable si, como punto de derecho, esas circunstancias, tomadas en conjunto o consideradas aisladamente, llevan lógica e inevitablemente a la conclusión aceptada en la presente Opinión consultiva, a saber, que los autores de la declaración de independencia fueron personas distintas de los representantes del pueblo de Kosovo actuando en su calidad de miembros de la Asamblea de Kosovo como una de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo.

29. Así pues, cabe preguntarse cómo el hecho de que en la declaración no se haga referencia expresa a la Asamblea de Kosovo como el órgano de adopción podría alterar el hecho de que fue efectivamente la Asamblea quien la adoptó, o cómo explicar que la Asamblea estuviera integrada por los mismos representantes, pero actuando en una calidad diferente. También cabe preguntarse cómo es que la declaración de independencia “no fue concebida por quienes la adoptaron para surtir

efectos dentro del orden jurídico creado para la fase provisional” (Opinión consultiva, párrafo 105) y que sus autores “no estaban obligados por el marco de poderes y responsabilidades establecidas para gobernar la actuación de las instituciones provisionales de autogobierno” (Opinión consultiva, párrafo 121). Está claro que el fin de los autores de la declaración de independencia era establecer a Kosovo “como un Estado independiente y soberano”. La cuestión es si la medida se ajustaba al orden jurídico en vigor en Kosovo en 2008.

30. Si la Asamblea de Kosovo hubiese adoptado una decisión claramente comprendida dentro de sus poderes y atribuciones con arreglo al Marco Constitucional, la cuestión de la autoría no se habría planteado, independientemente de si en dicha decisión se decía expresamente o no que había sido adoptada por la Asamblea. Teniendo en cuenta todos los factores, es difícil concluir que los autores de la declaración de independencia fueron “personas que actuaban en conjunto en su calidad de representantes del pueblo de Kosovo *fuera del marco de la administración provisional*” (Opinión consultiva, párrafo 109; cursivas añadidas) y, en consecuencia, fuera de la resolución 1244 y fuera del Marco Constitucional.

31. Se aplican consideraciones análogas a las inferencias extraídas en la presente Opinión consultiva de la formulación contenida en el primer párrafo de la declaración de independencia (“Nosotros, los dirigentes democráticamente elegidos de nuestro pueblo...”). Es difícil advertir cómo la diferencia de conjugación (primera persona del plural, y no tercera persona del singular comúnmente utilizada por la Asamblea de Kosovo) puede razonablemente llevar a la conclusión de que fue un órgano o entidad distinta de la Asamblea de Kosovo quien adoptó la declaración de independencia. Después de todo, ¿no eran los representantes de la Asamblea “dirigentes democráticamente elegidos” de Kosovo?

32. Según lo que es, en mi opinión, una lectura más plausible del expediente, la Corte debería haber concluido que, dejando de lado las peculiaridades lingüísticas y de procedimiento, la Asamblea de Kosovo efectivamente adoptó la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 en nombre del pueblo de Kosovo. Como resultado de ello, la Corte debería haber procedido a apreciar la legalidad de dicha declaración por referencia a la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y al Marco Constitucional.

III. Observaciones finales

33. La Corte, en su Opinión consultiva, podía haber adoptado una perspectiva más amplia a fin de dar una respuesta más comprensiva a la solicitud de la Asamblea General. No se debería haber pasado por alto una serie de importantes cuestiones jurídicas. Como indicó España durante las actuaciones orales,

“la Corte no podrá responder adecuadamente a la cuestión planteada por la Asamblea General sin tomar en consideración dos elementos: en primer lugar, el hecho de que el objetivo que se pretende alcanzar mediante la declaración unilateral de Independencia es la creación de un nuevo Estado separado de Serbia; y, segundo, el hecho de que la declaración fue adoptada en detrimento de un régimen internacional para Kosovo establecido por el Consejo de Seguridad y regido por las normas y principios de derecho internacional, así como por la Carta de las Naciones Unidas” (CR 2009/30, pág. 11, párr. 17).

34. Es cierto que a la Corte, en la presente solicitud, no se le ha pedido que decida acerca de las consecuencias producidas por la declaración de independencia, sino sólo determinar si se ajusta al derecho internacional. Sin embargo, la Corte está facultada para considerar una gama más amplia de cuestiones que subyacen a la solicitud de la Asamblea General. La Corte se ha enfrentado a dilemas análogos en el pasado y ha elegido adoptar un enfoque más amplio. En una anterior opinión consultiva, dijo que

“para que [la Corte] permanezca fiel a las exigencias de su carácter judicial en el ejercicio de su jurisdicción consultiva, debe determinar cuáles son las cuestiones jurídicas realmente controvertidas en las cuestiones formuladas en una solicitud” (*Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1980*, pág. 88, párr. 35; cursivas añadidas).

A continuación, la Corte indicó que

“una respuesta a las cuestiones del tipo planteado en la presente solicitud podría, si fuera incompleta, no sólo ser inefectiva, sino realmente inducir a error en cuanto a las normas jurídicas aplicables al asunto que tiene a su consideración la organización solicitante” (ibíd., pág. 89, párr. 35).

35. Muchas de las cuestiones jurídicas debatidas en la presente causa requieren la orientación de la Corte. En efecto, el Consejo de Seguridad y el Secretario General de las Naciones Unidas, y no sólo la Asamblea General, se beneficiarían de que hubiera declaraciones autorizadas de derecho a fin de disipar muchas de las incertidumbres que siguen afectando al conflicto de Kosovo. El alcance del derecho a la libre determinación, la cuestión de la “secesión correctiva”, la extensión de los poderes del Consejo de Seguridad en relación con el principio de integridad territorial, la continuación o la derogación de una administración internacional civil y militar establecida en virtud del Capítulo VII de la Carta, las relaciones entre la UNMIK y las instituciones provisionales de autogobierno y la progresiva disminución de la autoridad y las responsabilidades de la UNMIK y, por último, el efecto del reconocimiento o no reconocimiento de un Estado en la presente causa son todos asuntos que deberían haber sido considerados por la Corte, brindando una opinión en ejercicio de sus funciones consultivas.

(Firmado) Bernardo Sepúlveda-Amor

Opinión disidente del magistrado Bennouna

Oportunidad de que la Corte emita una opinión consultiva — Respeto de la integridad de la función judicial de la Corte — Solicitudes frívolas de opiniones consultivas — La Corte reemplazando al Consejo de Seguridad en el ejercicio de sus responsabilidades políticas — Alcance y significado de la cuestión planteada a la Corte — Conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia adoptada en el contexto de un territorio bajo administración de las Naciones Unidas — Identidad de los autores de la declaración unilateral de independencia — Consecuencias del estancamiento en el Consejo de Seguridad — Interpretación del “silencio” en derecho internacional — La lex specialis y el derecho internacional general — El Marco Constitucional establecido por la UNMIK.

1. Antes de pasar a las razones que me han impedido concordar con la opinión de la Corte, desearía comenzar por considerar si es oportuno que la Corte se embarque en un ejercicio tan riesgoso para su calidad de órgano judicial principal de las Naciones Unidas como el de responder a la solicitud de opinión consultiva que le presentó la Asamblea General en su resolución 63/3, de 8 de octubre de 2008.

2. Dicha resolución fue aprobada en circunstancias que no tienen precedentes en la historia de las Naciones Unidas. Es la primera vez que la Asamblea General solicita una opinión consultiva sobre una cuestión que no estaba, como tal, en su programa y de la cual hasta entonces se había ocupado esencialmente en lo tocante autorizar los gastos de la Misión de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK). Es algo reconocido que, en sustancia, el conjunto de esta cuestión había estado comprendido dentro de la competencia exclusiva del Consejo de Seguridad durante por lo menos diez años, aproximadamente, en particular desde que el Consejo decidió colocar al territorio de Kosovo bajo administración internacional (resolución 1244, de 10 de junio de 1999) — con excepción, sin embargo, de la resolución 54/183 de la Asamblea General sobre la Situación de los derechos humanos en Kosovo, de 17 de diciembre de 1999 (Opinión consultiva, párrafo 38).

3. Creo que, si se hubiese negado a responder a esta solicitud, la Corte podría haber evitado las solicitudes “frívolas” que los órganos políticos puedan verse tentados a presentarle en el futuro, y con ello, de hecho, podría haber protegido la integridad de su función judicial. Lo que está en cuestión en la presente causa, por sobre todo, es la protección de la propia Corte contra cualquier intento de explotarla en un debate político, en lugar de proteger el equilibrio entre los órganos políticos principales de las Naciones Unidas (la Asamblea General y el Consejo de Seguridad), un asunto que la Corte examina con cierto detenimiento (Opinión consultiva, párrafos 37 a 48), o de hecho la cuestión de la libre determinación y la independencia de Kosovo, que se ha dejado de lado con acierto por considerarla fuera del ámbito de la solicitud de opinión (Opinión consultiva, párrafo 83).

1. La oportunidad de que la Corte emita una opinión consultiva

4. Cabe recordar que, cuando la Corte recibe una solicitud de opinión consultiva, en virtud del Artículo 65 de su Estatuto, no está obligada a acceder a la solicitud si

considera que dar respuesta a la cuestión planteada sería “incompatible con el carácter judicial de la Corte” (*Sáhara Occidental, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1975*, pág. 25, párr. 33).

5. Es cierto que la Corte ha recordado en varias ocasiones en su jurisprudencia que tiene discrecionalidad para considerar si es oportuno emitir una opinión consultiva (desde la causa relativa a la *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania (Primera fase), Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1950*), pero que hasta ahora nunca ha ejercido esa autoridad, hasta el extremo de que en la doctrina se ha comenzado a poner en duda que realmente exista. La Corte está llegando al punto de hacer que la oportunidad de la emisión de su opinión dependa del propio órgano solicitante, con lo cual se priva a sí misma de su propia facultad discrecional (Robert Kolb, “De la prétendue discrétion de la Cour internationale de justice de refuser de donner un avis consultatif”, *The International Legal System in Quest of Equity and Universality*). La Corte se ha mostrado muy renuente a negarse en participar en las actividades de las Naciones Unidas cuando uno de los órganos de las Naciones Unidas le ha pedido que lo haga. De tal manera ha circunscrito estrictamente su discrecionalidad, estipulando como condición para ejercerla la existencia de “razones imperiosas” para no emitir una opinión, pero sin aclarar qué entiende por tales.

6. Sin embargo, la cuestión de la compatibilidad de una solicitud de opinión con las funciones de la Corte y su carácter judicial sigue planteada, aunque todavía no se haya registrado ningún caso de incompatibilidad.

7. En el caso de Kosovo, la Corte se ha visto enfrentada a una situación que jamás había ocurrido antes, dado que se le ha pedido que en definitiva asuma la función de adoptar decisiones políticas, en lugar del Consejo de Seguridad. En otras palabras, mediante esta solicitud de opinión consultiva se ha intentado hacer que la Corte asuma las funciones de un órgano político de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad, que éste no ha sido capaz de desempeñar.

8. Se ha pedido a la Corte que emita su opinión acerca de si la declaración unilateral de independencia de 17 de febrero de 2008 hecha por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo se ajusta al derecho internacional; sin embargo, la respuesta a esta cuestión no puede limitarse a un análisis de la declaración como acto formal — es necesario que la Corte considere su contenido y su alcance, así como las circunstancias en las que fue adoptada. A este respecto, la Corte no puede limitarse a reflexiones generales según las cuales no puede pretender que su evaluación sustituya a la del órgano solicitante o no puede formar una opinión acerca de si una opinión podría tener un efecto negativo (Opinión consultiva, párrafo 35).

9. Como se verá *infra*, la declaración fue adoptada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo establecidas por la resolución 1244 del Consejo de Seguridad. Fue adoptada después de la misión que el Secretario General de las Naciones Unidas, Sr. Kofi Annan, encomendó en noviembre de 2005 a su Enviado Especial, Sr. Martti Ahtisaari, que consistía en conducir el proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo, en el contexto de la resolución 1244, mediante un arreglo negociado.

10. Así pues, el Sr. Martti Ahtisaari fue llamado a actuar como mediador entre Serbia y los representantes de las instituciones de Kosovo (la Asamblea) para que

pudieran llegar a un acuerdo sobre el estatuto futuro del territorio; dicho acuerdo tendría que ser luego aprobado por el Consejo de Seguridad.

11. En su informe final de 26 de marzo de 2007 sobre el estatuto futuro de Kosovo, transmitido al Consejo de Seguridad por el Secretario General Ban Ki-moon, y con el apoyo de éste, el Sr. Ahtisaari expresó la opinión de que “[l]a independencia es la única opción para un Kosovo políticamente estable y económicamente viable”, y propuso que dicha independencia fuese supervisada y apoyada durante un período inicial por una presencia civil y una presencia militar internacionales. El Sr. Ahtisaari concluyó instando al Consejo de Seguridad a que hiciera suya su propuesta (Informe transmitido al Presidente del Consejo de Seguridad por carta del Secretario General, 26 de marzo de 2007, S/2007/168).

12. Finalmente, fue la Asamblea de Kosovo quien lo hizo, con la cual sustituyó al Consejo de Seguridad. Serbia pidió entonces a la Corte, por conducto de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que se pronunciara sobre la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008, mediante la cual se había operado la mencionada sustitución, a fin de establecer si se ajustaba al derecho internacional. Por consiguiente, está claro que, al emitir la opinión consultiva que se le ha solicitado, la Corte está apreciando, aunque indirectamente, la validez de las conclusiones del informe Ahtisaari, un papel que compete exclusivamente al Consejo de Seguridad, un órgano político al cual la Carta de las Naciones Unidas confiere la responsabilidad primordial por el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Dicho órgano, al aprobar la resolución 1244 en virtud del Capítulo VII de la Carta, estableció una administración provisional en Kosovo e inició, después de unos diez años, un proceso para ponerle fin, y al mismo tiempo determinar el estatuto definitivo del territorio.

13. ¿Cómo, en esas circunstancias, puede la Corte pronunciarse sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia de Kosovo, cuando tal apreciación es un asunto que compete sólo al Consejo de Seguridad y dicho órgano no ha solicitado su opinión sobre la cuestión?

14. Es por ello que la Corte, en la presente causa, debería haber ejercido su facultad discrecional y no haber accedido a emitir su opinión sobre una cuestión que es incompatible con su condición de órgano judicial. Más allá de la cuestión de la conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia, lo que está en tela de juicio aquí es el ejercicio de los poderes de un órgano político de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad. En cuanto al informe Ahtisaari, mientras que el Consejo de Seguridad no llegue a una determinación respecto de él, sólo compromete a su autor.

15. Es esencial que la Corte vele, en el cumplimiento de su función consultiva, por no ser explotada en favor de una estrategia específicamente política u otra, y, en la presente causa en particular, por no ser alistada en una campaña encaminada a reunir tantos reconocimientos de la independencia de Kosovo por otros Estados como sea posible, o en una encaminada a lograr que la cantidad de reconocimientos sea mínima; mientras que el Consejo de Seguridad, que tiene la responsabilidad primordial de pronunciarse sobre la opción de la independencia, no lo ha hecho.

16. Tengo conciencia de que la Corte tiene el deber de contribuir a las actividades de las Naciones Unidas en términos jurídicos, pero aquí, la decisión sobre el estatuto futuro de Kosovo no es un asunto para la Asamblea General, que ha presentado la

solicitud de opinión a la Corte, sino para el Consejo de Seguridad. En la presente causa, la Corte no puede pronunciarse sobre la legalidad de la declaración de independencia sin interferir en el proceso político de mantenimiento de la paz establecido por el Consejo de Seguridad hace unos diez años, que dicho órgano no ha podido llevar a una conclusión.

17. Una respuesta de la Corte habría sido concebible si el debate sustantivo sobre Kosovo se hubiese trasladado del Consejo de Seguridad a la Asamblea General, por ejemplo mediante la convocatoria de un período extraordinario de sesiones de emergencia de la Asamblea General con arreglo a lo dispuesto en la resolución 377 (V) A, titulada “Unión pro paz”, como ocurrió con la solicitud de opinión consultiva formulada por la Asamblea General relativa a las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado (Opinión consultiva, I.C.J. Reports 2004 (I), págs. 145 y 146, párrs. 18 y 19)*. Sin embargo, en ese caso, la Asamblea General había estado continuamente involucrada en el debate sobre la cuestión del Oriente Medio y la cuestión de Palestina desde el plan de partición de 1947, y dichas cuestiones estuvieron incluidas año tras año en su programa. En contraste, el caso de Kosovo ha sido exclusivamente responsabilidad del Consejo de Seguridad desde la intervención armada de las fuerzas de la OTAN en Serbia en 1999.

18. Consiguientemente, si bien Serbia tomó la iniciativa tendiente a la inclusión en el programa de la Asamblea General de una solicitud de opinión consultiva de la Corte, no lo hizo con el fin de permitir que la Corte se pronunciara sobre determinados aspectos jurídicos del debate que la Asamblea General había iniciado sobre el caso de Kosovo, sino porque consideró que ésa era la única oportunidad de que aún disponía para impugnar la declaración unilateral de independencia de 17 de febrero de 2008. Lo que está en tela de juicio aquí no son los “motivos de los distintos Estados que patrocinaron la resolución por la que se solicita una opinión consultiva” que “no son pertinentes para el ejercicio por parte de la Corte de su facultad” (Opinión consultiva, párrafo 33), sino una apreciación de la situación en Kosovo y del tratamiento de ésta por las Naciones Unidas, en el momento en que la Asamblea General aprobó la solicitud de opinión el 8 de octubre de 2008.

19. Además, no había un verdadero debate sobre la cuestión del estatuto de Kosovo cuando la Asamblea General aprobó la resolución 63/3, por la cual solicitó una opinión consultiva de la Corte (Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, A/63/PV.22, 8 de octubre de 2008).

20. Por consiguiente, cabe cuestionar si la solicitud de opinión consultiva aprobada por la Asamblea General (por 77 votos contra seis y 74 abstenciones) es compatible con las funciones de la Corte como órgano judicial, según la definen la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte.

21. Además, cualquiera sea la respuesta de la Corte a la cuestión planteada por la Asamblea General, no asistirá en modo alguno a dicho órgano político, que no puede, a la luz de la opinión, ni modificar la resolución 1244 del Consejo de Seguridad ni interpretarla concordantemente, pues dicha competencia incumbe al órgano que la aprobó. No es suficiente decir que sólo la Asamblea puede apreciar las razones que la llevaron a solicitar una opinión consultiva (Opinión consultiva, párrafo 34), desde que ello significaría que la Corte estuviera abandonando lisa y llanamente el ejercicio de su discrecionalidad para determinar si sería oportuno emitir tal opinión. Todos los protagonistas en el caso de Kosovo han dicho por

anticipado, en particular ante la Corte, que la opinión, cualquiera sea su contenido, no tendrá incidencia alguna en su posición en relación con la declaración de independencia. Por consiguiente, la Opinión consultiva sólo podrá ser usada como argumento en el debate político en curso entre los partidarios de reconocer la independencia de Kosovo y los que están en contra de ese reconocimiento.

22. Al embanderarse de esta forma, la Corte tiene todo para perder en este enfrentamiento político, sin contribuir de ningún modo real ni a reducir las tensiones causadas por la declaración unilateral de independencia ni a aclarar las funciones y la responsabilidad de las Naciones Unidas con respecto a un territorio colocado bajo su administración.

23. Además, a partir de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008, el hecho consumado de la creación de Kosovo como entidad independiente se ha reflejado sobre el terreno, con la creciente marginación *de facto* de la presencia de las Naciones Unidas y su administración. Esa situación hace que la oportunidad de responder a la cuestión planteada por la Asamblea General sea aún más dudosa y problemática, mientras que las Naciones Unidas han dado la impresión de adaptarse al nuevo estado de cosas (aunque ¿cómo podían haber hecho otra cosa?).

24. La propia Corte tiene que asegurar que se respete la integridad de su función judicial, tanto en asuntos contenciosos como en asuntos consultivos, como lo dejó muy en claro en su sentencia de 2 de diciembre de 1963 en la causa relativa al *Camerún Septentrional (Camerún c. Reino Unido)*, *Excepciones preliminares*:

“tanto la Corte Permanente de Justicia Internacional como esta Corte han puesto de relieve que la competencia de la Corte para emitir opiniones consultivas debe ejercerse como una función judicial. Ambas Cortes han tenido ocasión de pronunciarse acerca de las solicitudes de opiniones consultivas, que son igualmente aplicables al papel correcto de la Corte en la decisión de las causas controvertidas; en ambas situaciones, la Corte está ejerciendo una función judicial. Esa función está circunscrita por limitaciones inherentes que no son menos imperativas porque tal vez sean difíciles de catalogar, y tal vez no se presenten frecuentemente como un impedimento concluyente para el ejercicio de la función jurisdiccional en un caso concreto. Sin embargo, la apreciación de si sus funciones judiciales están involucradas es siempre un asunto que debe determinar la Corte. Esta Corte, como la Corte Permanente de Justicia Internacional, siempre se ha guiado por el principio que ésta enunció en la causa relativa a la *Condición Jurídica de Carelia Oriental* el 23 de julio de 1923:

‘La Corte, que es un tribunal de justicia, no puede, incluso cuando emite opiniones consultivas, apartarse de las normas esenciales que orientan [su] actividad como tribunal.’ (*P.C.I.J., Series B, núm. 5, pág. 29.*)” *Camerún Septentrional (Camerún c. Reino Unido)*, *Excepciones preliminares, Sentencia, I.C.J. Reports 1963, pág. 30.*)

25. Si bien la Corte no puede sustituir al Consejo de Seguridad en el ejercicio de sus responsabilidades, ni puede convertirse en garante jurídico de una política de hechos consumados basada simplemente en la simple relación de fuerzas. El deber de la Corte es preservar su función, que consiste en decir el derecho, de manera clara e independiente. Ésa es la forma en que salvaguardará su credibilidad en el desempeño de sus funciones, en beneficio de la comunidad internacional.

26. Ésas son las razones que me llevaron a votar contra la decisión de la Corte de emitir una opinión consultiva en la presente causa. Dicho lo que antecede, la respuesta de la Corte a la solicitud de la Asamblea General no me parece convincente, y ahora explicaré por qué.

2. El alcance y el significado de la cuestión planteada

27. Este segundo aspecto de la opinión está, desde luego, vinculado con el primero. Si bien la Corte se abstiene de considerar la motivación de la Asamblea General o los objetivos que busca mediante su solicitud de opinión, sin embargo se ha considerado autorizada para modificar la redacción de la solicitud, hasta el punto de alterar completamente su significado y su alcance.

28. La Corte se funda en que ni el tema del programa en relación con el cual se debatió la resolución 63/3, ni el título de la resolución, especificaban la identidad de los autores de la declaración unilateral de independencia, y que la cuestión de su identidad no se planteó durante el debate sobre el proyecto de resolución. La Corte concluye entonces que tiene “libertad para... decidir por sí misma si dicha declaración fue promulgada por las instituciones provisionales de autogobierno o por alguna otra entidad” (Opinión consultiva, párrafo 54).

29. Sin embargo, la cuestión planteada por la Asamblea General no podía ser más clara, y en el debate que precedió a la aprobación de la resolución 63/3, de 8 de octubre de 2008 no hay nada que sugiera que la única preocupación de la Asamblea General se refería a la conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia, independientemente de quiénes fueran sus autores. ¿El hecho de que los participantes en el debate sobre el proyecto de resolución (A/63/PV.22) no hayan planteado la cuestión de la identidad de los autores de la declaración implica que no es una consideración pertinente para el órgano solicitante, o más bien es precisamente porque la cuestión es tan obvia para todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas que éstos, consiguientemente, no consideraron necesario debatir a su respecto o controvertirla? En cuanto a la diferencia señalada por la Corte entre el título del tema del programa, el título de la resolución y la cuestión presentada a la Corte, es difícil advertir que ella sea de algún modo significativa, habida cuenta de que lo que importa para la Corte es el contenido de la cuestión planteada por la Asamblea General.

30. Por consiguiente, esta cuestión no necesita interpretación alguna. Y la Corte lo reconoce: “la cuestión planteada por la Asamblea General está formulada claramente. La cuestión es estrecha y específica.” (Opinión consultiva, párrafo 51.) La Asamblea General no pidió a la Corte que emitiera su opinión simplemente sobre cualquier declaración de independencia, sino sobre la que fue adoptada el 17 de febrero de 2008 por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo, que fueron establecidas por las Naciones Unidas con competencias específicas. Sin embargo, el 2 de octubre de 2008, antes de la aprobación de la resolución 63/3, el representante del Reino Unido dirigió al Presidente de la Asamblea General una nota sobre cuestiones pertinentes en la cual indicó que

“[s]ería útil saber si Serbia está tratando de centrar la atención en una cuestión más limitada sobre la *competencia de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo* y, en caso afirmativo, determinar exactamente en qué forma esa cuestión se relaciona con el estatuto actual de Kosovo.” (A/63/461, 2 de octubre de 2008.)

31. La respuesta a esa pregunta ha sido dada por Serbia y por la Asamblea General. El punto radica, en realidad, en apreciar un acto adoptado por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo, y no simplemente cualquier acto emanado de aproximadamente un centenar de personas que supuestamente se declararon representantes del pueblo.

32. En ese momento, la única institución reconocida por las Naciones Unidas como representante del pueblo de Kosovo era la Asamblea electiva de las instituciones provisionales de autogobierno. Aun suponiendo que la Corte llegara, en contra de la afirmación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, a la conclusión de que la declaración de independencia no fue adoptada por la Asamblea de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo actuando como tal, ¿no debería entonces ejercer su facultad discrecional y negarse a responder a una cuestión que ya no tendría ningún contenido o alcance? En definitiva, la Asamblea General no espera que la Corte le dé su opinión jurídica sobre una cuestión que no le ha planteado, es decir, una declaración emitida por aproximadamente un centenar de personas, no vinculadas con las Naciones Unidas.

33. En el pasado, la Corte amplió la cuestión que se le había planteado a fin de responderla lo más plenamente posible (*Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1980*, págs. 88 y 89, párr. 35). Adoptó el mismo enfoque en la opinión consultiva relativa a *Ciertos gastos de las Naciones Unidas (Artículo 17, párrafo 2, de la Carta) (I.C.J. Reports 1962*, págs. 156 y 157), en la que se abocó a “examinar el Artículo 17 en sí mismo y en su relación con el resto de la Carta”; análogamente, la Corte se vio obligada a aclarar la cuestión planteada cuando ésta le pareció “inadecuadamente expresada y vaga” (*Petición de revisión del fallo núm. 273 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1982*, pág. 348, párr. 46). En esos casos, empero, la Corte se mantuvo dentro de los límites de sus funciones judiciales teniendo en cuenta todo el derecho aplicable o interpretando un texto confuso o impreciso.

34. Sin embargo, la Corte nunca ha enmendado la cuestión planteada de una manera contraria a su objeto y su fin, que en la presente causa consisten en determinar si la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 estaba o no comprendida dentro de la competencia de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo, como lo indicó el representante del Reino Unido en su mencionada nota de 2 de octubre de 2008 dirigida al Presidente de la Asamblea General.

35. Si la Corte pudiera emplear su discrecionalidad hasta tal extremo, respondiendo en definitiva a una cuestión que ella misma ha ajustado de antemano a fin de hacerla entrar en determinado molde, entonces estaría perjudicando gravemente el sentido de seguridad judicial que debe prevalecer entre los Estados y los órganos de las Naciones Unidas que acuden a la Corte.

3. Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia

36. La Asamblea General cuidó especialmente de caracterizar a la declaración de independencia como unilateral a fin de dejar en claro que había sido emitida por sólo una de las partes (la Asamblea de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo) involucradas en el proceso político basado en la

resolución 1244 del Consejo de Seguridad de 10 de junio de 1999 y encaminado a determinar el estatuto definitivo de Kosovo.

37. La Asamblea General solicitó a la Corte que emitiera su opinión sobre la conformidad de la declaración con el derecho internacional. Al emitir su opinión, la Corte debía ante todo haber determinado el derecho internacional aplicable en esta esfera.

38. Pero, si bien la Corte describe el régimen jurídico establecido por el Consejo de Seguridad mediante la resolución 1244 y los reglamentos adoptados por el Representante Especial del Secretario General y la UNMIK (Opinión consultiva, párrafos 58 a 63), no comienza por identificar las normas aplicables de derecho internacional general y explicar cómo procederá para determinar si la declaración unilateral se ajusta a esos dos conjuntos de estándares. Ordinariamente, la Corte debería comenzar por examinar primero la *lex specialis* aplicable (es decir, el derecho de las Naciones Unidas) antes de considerar si la declaración se ajusta al derecho internacional general. Como observó el Presidente del Grupo de estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la fragmentación del derecho internacional: “a menudo se daba preferencia a la norma especial porque no sólo reflejaba mejor las necesidades del contexto, sino porque reflejaba mejor el propósito de quienes debían quedar vinculados por ella.” (Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 2004, A/59/10, págs. 316 y 317.)

39. La Corte ha optado, en cambio, por examinar “la licitud de las declaraciones de independencia en el derecho internacional general” (Opinión consultiva, párrafo 78). Sin embargo, la Asamblea General no pidió a la Corte que opinara en abstracto sobre las declaraciones de independencia en general sino sobre una declaración específica adoptada en un contexto particular —el de un territorio que el Consejo ha colocado bajo administración de las Naciones Unidas— y ello en un momento en que la resolución 1244 del Consejo de Seguridad estaba en vigor, y sigue estando en vigor. Además, no tendría sentido apreciar la conformidad con el derecho internacional de una declaración de independencia sin tener en cuenta quién fue su autor, o quiénes fueron sus autores, o cuál fue el contexto en el que se adoptó. Análogamente, la conclusión de la Corte a este respecto carece en sí misma de sentido:

“la Corte considera que el derecho internacional general no contiene ninguna prohibición de declaraciones de independencia que sea aplicable. Consiguientemente, concluye que la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no violó el derecho internacional general.” (Opinión consultiva, párrafo 84.)

40. Ello es, en el mejor de los casos, un sofisma, en otras palabras, un razonamiento que es lógico sólo en apariencia, porque procede de la proposición según la cual lo que es válido para el todo es válido para la parte. Como los principios del derecho internacional general, es decir, la integridad territorial y la libre determinación, requieren aquí un análisis en el contexto de un territorio bajo administración de las Naciones Unidas, la Corte no podía anunciar su conclusión antes de examinar el derecho que regía al territorio en su relación con la declaración de independencia.

41. Es sólo en una segunda etapa que la Corte llega a la conclusión de que: “la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y el Marco Constitucional forman

parte del derecho internacional que ha de considerarse para dar respuesta a la cuestión planteada por la Asamblea General en su solicitud de opinión consultiva” (Opinión consultiva, párrafo 93).

42. Si bien la resolución 1244 efectivamente se refería al establecimiento de un marco provisional de autogobierno para Kosovo, como señala la Corte, no veo nada que justifique la afirmación que hace a continuación la Corte: “en el momento de la aprobación de la resolución, se esperaba que el estatuto definitivo de Kosovo fluyera del marco establecido por la resolución, y se desarrollara dentro de dicho marco” (Opinión consultiva, párrafo 104).

43. Se trataba simplemente de que la UNMIK facilitara un proceso político destinado a determinar el estatuto futuro de Kosovo, teniendo en cuenta los acuerdos de Rambouillet. Ese proceso político es lo que el Consejo de Seguridad pidió al Enviado Especial, Sr. Ahtisaari, que encabezara mediante negociaciones entre Serbia y los representantes electos de Kosovo (la Asamblea); como las dos partes no pudieron llegar a un acuerdo, el Sr. Ahtisaari propuso al Consejo un plan de solución, pero el Consejo nunca lo aprobó.

44. Las circunstancias de que los autores de la declaración, los miembros de la Asamblea de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo, hicieran referencia al fracaso de las negociaciones, y de que no tuvieran la intención de actuar dentro del marco del régimen provisional de autogobierno (Opinión consultiva, párrafo 105) no cambian por sí solos la naturaleza jurídica de un acto adoptado por la Asamblea de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo. En derecho, no es simplemente porque una institución haya adoptado un acto que excede sus poderes (*ultra vires*) que se rompe el vínculo jurídico entre la institución y el acto. En tal caso, debe considerarse que la institución está violando el marco jurídico que la justifica y la legitima.

45. Análogamente, no es porque la Asamblea haya usurpado los poderes del Representante Especial (Opinión consultiva, párrafo 106) al inmiscuirse en asuntos atinentes a las relaciones exteriores de Kosovo que debe considerarse que actuó en una calidad diferente o como una entidad que ya no estaba relacionada con las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo. También en este aspecto, la Asamblea simplemente cometió un acto que es ilegal en derecho internacional.

46. El razonamiento de la Corte, encaminado a disipar cualquier sospecha de ilegalidad de la declaración con arreglo al derecho de las Naciones Unidas, consistió en separarla de la institución (la Asamblea) que fue creada dentro de ese marco: “los autores de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no actuaron como una de las instituciones provisionales de autogobierno... sino como personas que actuaban en conjunto en su calidad de representantes del pueblo de Kosovo fuera del marco de la administración provisional” (Opinión consultiva, párrafo 109). Para llegar a esa conclusión, la Corte se funda en el lenguaje empleado y el procedimiento utilizado (Opinión consultiva, párrafo 107). Así pues, fue suficiente que los autores de la declaración cambiaran la apariencia del texto, y se presentaran como “los dirigentes democráticamente elegidos [del] pueblo” para que dejaran de estar obligados por el Marco Constitucional para Kosovo, que dispone que “[l]as instituciones provisionales de autogobierno y sus funcionarios. . . [ejercerán] sus competencias de manera compatible con las disposiciones de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y los términos establecidos en el presente Marco

Constitucional”. Si se siguiera ese razonamiento hasta su fin, bastaría con ponerse fuera de la ley para no tener que respetar más la ley.

47. Con el fin de arrojar luz sobre este aspecto de la cuestión, durante las actuaciones orales pregunté a los participantes en general, y específicamente a los autores de la declaración de independencia (CR 2009/33, pág. 24), si la cuestión de la adopción de una declaración de esa índole se había planteado en alguna forma durante la campaña para la elección a la Asamblea de las instituciones provisionales en noviembre de 2007. Se recibió una respuesta negativa tanto de los autores de la declaración de independencia como de Serbia (respuestas de los autores de la declaración de independencia y de la República de Serbia, de fecha 22 de diciembre de 2009). Si los miembros de la Asamblea, que habían sido elegidos el 17 de noviembre de 2007, hubiesen deseado expresar la “voluntad de [su] pueblo” en una declaración hecha el 17 de febrero de 2008, por lo menos deberían habérselo dicho a sus electores.

48. Es muy significativo que cuando el Secretario General de las Naciones Unidas informó al Consejo de Seguridad en la sesión celebrada el 18 de febrero de 2008 (S/PV.5839), el día siguiente a la adopción de la declaración de independencia de Kosovo de fecha 17 de febrero de 2008, lo hizo en la forma siguiente: “Ayer mi Representante Especial para Kosovo me informó de que la Asamblea de las instituciones provisionales de gobierno autónomo de Kosovo celebró una sesión durante la cual se aprobó una declaración de independencia, en virtud de la cual se declara a Kosovo Estado independiente y soberano.”

49. Por otra parte, en su informe de 28 de marzo de 2008 al Consejo de Seguridad sobre la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (S/2008/211), el Secretario General añadió, después de señalar que el proceso electoral en Kosovo había concluido el 19 de diciembre de 2007 y que los miembros de la Asamblea de Kosovo habían jurado su cargo el 4 de enero de 2008: “En una sesión celebrada el 17 de febrero, la Asamblea de Kosovo aprobó una declaración de independencia en que se declaraba que Kosovo era un Estado independiente y soberano.” Yo inferiría que el Secretario General, así como su Representante Especial, también se estaban fundando en el discurso pronunciado por el Primer Ministro de Kosovo el 17 de febrero de 2008, cuando habló ante la sesión extraordinaria de la Asamblea de Kosovo:

“Hoy, el Presidente de Kosovo y yo, como Primer Ministro de Kosovo, hemos solicitado oficialmente al Presidente de la Asamblea, Sr. Krasniqi; que convoque una sesión extraordinaria con dos temas en el orden día.

La presente invitación a una sesión extraordinaria se envía de conformidad con el Marco Constitucional de Kosovo, y por ella presentamos dos temas en el orden del día:

1. Declaración de Independencia para Kosovo, y
2. Presentación de los símbolos del Estado de Kosovo.” (Contribución escrita de los autores de la declaración unilateral de Independencia, 17 de abril de 2009, Anexo 2.)

50. Así pues, no cabía duda alguna en las mentes del Secretario General y su Representante Especial en Kosovo acerca de que la declaración era de hecho obra de

la recientemente elegida Asamblea de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo.

51. Desde luego, el grave problema que planteaba la declaración con respecto a la Misión de las Naciones Unidas y al mandato que le había dado el Consejo de Seguridad no escapaba a la atención del Secretario General:

“Señalé inmediatamente este hecho a la atención del Consejo de Seguridad para que pudiera examinar el asunto. Al hacerlo reafirmé que, a la espera de que el Consejo de Seguridad diese las directrices apropiadas, las Naciones Unidas continuarían trabajando en la inteligencia de que la resolución 1244 (1999) sigue en vigor y constituye el marco legal del mandato de la UNMIK, y la UNMIK seguiría cumpliendo su mandato teniendo en cuenta la evolución de las circunstancias.” (Informe del Secretario General sobre la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo, S/2008/211 de 28 de marzo de 2008.)

52. También debe tenerse presente que cuando, en su resolución de 7 de noviembre de 2002, la Asamblea de Kosovo ya había afirmado anteriormente el derecho a determinar el estatuto futuro de Kosovo, el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas dijo el mismo día:

“Kosovo está bajo la autoridad de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Ni Belgrado ni Pristina pueden prejuzgar el estatuto futuro de Kosovo. Su estatuto futuro está abierto y será decidido por el Consejo de Seguridad de las Naciones. Cualquier declaración unilateral, cualquiera sea su forma, que no sea aprobada por el Consejo de Seguridad no tiene efecto jurídico sobre el estatuto futuro de Kosovo.”

53. Consiguientemente, ninguna declaración unilateral que afecte al estatuto futuro de Kosovo, cualesquiera sean la forma de la declaración o las intenciones de sus autores, tiene validez jurídica mientras no haya sido aprobada por el Consejo de Seguridad. Contrariamente a lo que implica la Corte, no es suficiente que los autores simplemente den un paso hacia afuera de los límites del derecho para dejar de estar sometidos a él.

54. La Corte cree que la inacción del Consejo de Seguridad, el Secretario General y su Representante Especial, en respuesta a la declaración de independencia, son una confirmación de que la declaración no era obra de la Asamblea de Kosovo, y contrasta esa inercia con las medidas adoptadas entre 2002 y 2005, cuando “el Representante Especial había calificado a varios actos como incompatibles con el Marco Constitucional fundándose en que se consideraba que estaban “fuera del alcance de [las] competencias [de la Asamblea]” (expediente de las Naciones Unidas núm. 189, 7 de febrero de 2003) y por consiguiente fuera de los poderes de la Asamblea de Kosovo” (Opinión consultiva, párrafo 108).

55. Sin embargo, el Consejo de Seguridad se vio impedido, por falta de acuerdo entre sus miembros permanentes, de tomar una decisión sobre la cuestión de Kosovo después de recibir el informe Ahtisaari en marzo de 2007. Y, como suele ocurrir dentro de las Naciones Unidas, ese estancamiento en el Consejo tuvo un efecto reflejo sobre el Secretario General, encargado de hacer cumplir sus decisiones, y su Representante Especial.

56. Un estancamiento en el Consejo de Seguridad no libera a las partes en una controversia de sus obligaciones, ni, como consecuencia, a los miembros de la Asamblea de Kosovo de su deber de respetar el Marco Constitucional y la resolución 1244. Si ocurriera tal cosa, resultaría socavada la credibilidad del sistema de seguridad colectiva establecido por la Carta de las Naciones Unidas. De hecho, ello dejaría que las partes en una controversia se enfrentaran mutuamente, quedando cada una de ellas en libertad de aplicar unilateralmente su propia posición. Y en teoría la otra parte, Serbia, podía haberse fundado en el estancamiento para alegar que tenía justificación para ejercer soberanía de manera plena y efectiva sobre Kosovo en defensa de la integridad de su territorio.

57. En mi opinión, el estancamiento dentro del Consejo de Seguridad respecto de un punto en particular no puede justificar la realización de actos unilaterales, ni la creación de hechos consumados, por cualquiera de las partes, ni puede interpretarse como una aprobación tácita de ellos. La imposibilidad de que el Consejo tome una decisión debido al poder de veto de uno de sus miembros permanentes está contemplada en la Carta. Su efecto jurídico termina allí; la inacción es en sí misma un acto político.

58. Por otro lado, aunque imposibilitado de tomar una decisión sobre el informe Ahtisaari, que se le remitió en marzo de 2007, el Consejo de todos modos alentó intentos de mediación entre las partes, en particular cuando decidió enviar a Belgrado y Pristina, en abril de 2007, una misión integrada por miembros del Consejo y encabezada por Johan C. Verbeke, representante de Bélgica, (S/2007/220 de 20 de abril de 2007), y cuando apoyó los intentos de la troika (integrada por los Estados Unidos, Rusia y la Unión Europea) creada por el Grupo de Contacto a fin de reconciliar a las dos Partes (desde julio hasta diciembre de 2007).

59. Siendo así, no puedo aceptar la interpretación que hace la Corte del “silencio” del Representante Especial del Secretario General, que supuestamente confirma que la declaración de independencia no era obra de la Asamblea de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo.

60. Sabemos cuán delicado puede ser interpretar el “silencio” de un actor en derecho internacional. En todo caso, el silencio debe interpretarse por referencia a la totalidad del contexto directo y sus antecedentes. Aquí, el estancamiento en los órganos de las Naciones Unidas durante el proceso encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo no justifica la conclusión de que una declaración unilateral de independencia que hasta entonces no se ajustaba al derecho internacional pase súbitamente a merecer un imprimatur de cumplimiento. De hecho, la razón por la cual el Representante Especial del Secretario General no tomó medida alguna no era que considerase que la declaración se ajustaba al derecho internacional, sino simplemente que el órgano político ante el cual era responsable no podía llegar a una decisión encaminada a avanzar en el proceso en marcha para determinar el estatuto futuro de Kosovo.

61. A continuación, la Corte reflexiona sobre la resolución 1244 y llega a la conclusión de que la resolución no contiene una prohibición vinculante para los autores de la declaración de independencia (Opinión consultiva, párrafo 118). Y por buenas razones, pues las instituciones provisionales aun no habían sido creadas y los autores en cuestión aún no podían ser identificados. En realidad, la cuestión en esta coyuntura no radica en establecer si la resolución 1244 tenía la finalidad de prohibir las medidas que tomaran los autores de la declaración de independencia, sino

simplemente en recordar la fuerza obligatoria de ese texto, que es vinculante para las instituciones que se crearan para establecer “una administración provisional bajo la cual [la] población [de Kosovo] pu[diera] gozar de una autonomía sustancial dentro de la República Federativa de Yugoslavia” (párrafo 10 de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad).

62. Así pues, la UNMIK adoptó el Marco Constitucional y estableció la administración provisional sobre la base del mandato que había recibido del Consejo de Seguridad en la resolución 1244. Por consiguiente, una violación del Marco Constitucional entraña una simultánea violación de la resolución del Consejo de Seguridad, que es vinculante para todos los Estados y los actores no estatales en Kosovo como resultado de que el territorio fue puesto bajo administración de las Naciones Unidas. Siendo así, es difícil entender cómo la Corte pudo determinar que “la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad no impedía que los autores de la declaración de 17 de febrero de 2008 emitieran una declaración de independencia de la República de Serbia” (Opinión consultiva, párrafo 119). En mi opinión, la resolución 1244 (1999) sí establece tal impedimento, por lo menos por dos motivos: porque la declaración no está dentro del Marco Constitucional establecido en virtud del mandato dado a la UNMIK en la resolución, y porque la declaración es unilateral, mientras que el estatuto definitivo de Kosovo debe ser aprobado por el Consejo de Seguridad.

63. Por último, aun suponiendo que la declaración de 17 de febrero de 2008 haya sido emitida por aproximadamente un centenar de individuos que se proclamaron representantes del pueblo de Kosovo, ¿cómo es posible que hayan podido violar el orden jurídico establecido por la UNMIK en virtud del Marco Constitucional, que todos los habitantes de Kosovo deben respetar?

64. La Corte responde simplemente afirmando que, cuando adoptaron la declaración de independencia, los autores no estaban obligados por el Marco Constitucional y que la declaración no fue un acto realizado con la intención de surtir efectos dentro del orden jurídico establecido por las Naciones Unidas (opinión consultiva, párrafo 121). Pero entonces ¿qué orden jurídico regía a los autores y a la declaración misma? No era, en todo caso, el orden jurídico de Serbia ni el de un nuevo Estado soberano. Y no formar parte de las instituciones provisionales no eximía a los autores del orden jurídico establecido por el reglamento 1999/1 de la UNMIK, que disponía que “[t]oda la autoridad legislativa y ejecutiva con respecto a Kosovo, incluida la administración de justicia, queda atribuida a la UNMIK y es ejercida por el Representante Especial del Secretario General”. Ello significa simplemente que todos quienes viven en Kosovo están sometidos a esa autoridad y deben acatar el régimen de autogobierno establecido por las Naciones Unidas. Por lo tanto, en mi opinión, no importa si los autores de la declaración de independencia han de considerarse miembros de la Asamblea de Kosovo o no; bajo ninguna circunstancia estaban facultados para adoptar una declaración que contraviniese el Marco Constitucional y la resolución 1244 del Consejo de Seguridad por ser contraria al régimen jurídico de administración de Kosovo establecido por las Naciones Unidas.

65. Dicho lo que antecede, la Corte ha minimizado el significado y el alcance de su opinión, pues la ha limitado a la declaración como tal, separada de sus efectos jurídicos. Por consiguiente, cabe preguntarse: ¿cómo puede esta Opinión, en la que se concluye que una declaración adoptada por aproximadamente un centenar de

individuos, autoproclamados representantes del pueblo, no viola el derecho internacional, guiar al órgano solicitante, la Asamblea General, con respecto a su propia acción?

66. Ello seguirá siendo un completo misterio, aun cuando la Opinión será explotada para fines políticos.

67. Expresando mi opinión personal, estaría tentado de decir que el resultado es que la asistencia de la Corte a la Asamblea General ha salido trivializada, y ésta es una razón más para que la Corte hubiera debido ejercer su discrecionalidad y abstenerse de acceder a la solicitud de opinión.

68. Por último, en la presente causa la Corte no ha identificado las normas, generales o especiales, de derecho internacional que rigen la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008; según la Opinión, el derecho internacional general es ineficaz en esta esfera y el derecho de las Naciones Unidas no contempla la situación que la Corte ha optado por considerar: la de una declaración que surge en un orden jurídico indeterminado. Consiguientemente, aparentemente no hay en el derecho nada que impida que las Naciones Unidas continúen sus esfuerzos de mediación con respecto a Kosovo en cooperación con las organizaciones internacionales pertinentes.

69. Esas declaraciones no son más que espuma sobre la marea del tiempo; no pueden permitir que se olvide el pasado ni que el futuro se edifique sobre los fragmentos del presente.

(Firmado) Mohamed BENNOUNA

Opinión disidente del magistrado Skotnikov

1. La Corte, en mi opinión, debería haber usado su discrecionalidad para abstenerse de ejercer su competencia consultiva en las circunstancias bastante peculiares de la presente causa. Nunca antes se había visto la Corte confrontada con una cuestión planteada por un órgano de las Naciones Unidas, cuya respuesta depende totalmente de la interpretación de una decisión tomada por otro órgano de las Naciones Unidas. Lo que hace que la presente causa sea aún más anómala es el hecho de que ese otro órgano es el Consejo de Seguridad, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. En realidad, a fin de dar una respuesta a la Asamblea General, la Corte tiene que hacer una determinación acerca de si la declaración unilateral de independencia configura una violación del régimen establecido para Kosovo por el Consejo de Seguridad en su resolución 1244 (1999) o no.

2. En el pasado, la Corte ha considerado importante poner de relieve que estaba brindando su asesoramiento jurídico con respecto a decisiones adoptadas por el órgano solicitante, para que éste pudiera beneficiarse de dicho asesoramiento. En la opinión consultiva relativa a *Namibia* la Corte señaló que:

“La solicitud ha sido formulada por un órgano de las Naciones Unidas [el Consejo de Seguridad] con referencia a sus propias decisiones y procura obtener el asesoramiento jurídico de la Corte sobre las consecuencias e implicaciones de dichas decisiones. Ese objetivo está destacado en el preámbulo de la resolución por la cual solicitó la opinión, en el cual el Consejo de Seguridad ha dicho ‘que una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sería útil para el Consejo de Seguridad en su ulterior consideración de la cuestión de Namibia y en cumplimiento de los objetivos que el Consejo procura alcanzar.’” (*Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, *Opinión consultiva*, I.C.J. Reports 1971, pág. 24, párr. 32; cursivas añadidas.)

Claramente, la presente causa es marcadamente diferente.

3. En su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro*, la Corte reafirmó que “las opiniones consultivas tienen la finalidad de proporcionar a los órganos solicitantes los elementos de derecho necesarios para sus actividades” (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, *Opinión consultiva*, I.C.J. Reports 2004 (I), pág. 162, párr. 60). En la presente causa, la Asamblea General no es un órgano que pueda útilmente beneficiarse de “los elementos de derecho” que haya de proporcionar la Corte. La Asamblea, cuando reciba la presente Opinión consultiva, estará impedida, en virtud del Artículo 12 de la Carta de las Naciones Unidas, de hacer recomendación alguna con respecto al tema de la presente solicitud, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad.

4. El propio Consejo de Seguridad se ha abstenido de hacer una determinación acerca de si la declaración unilateral de independencia se ajusta a su resolución 1244, aunque podría haberlo hecho adoptando una nueva resolución o autorizando

una declaración de la Presidencia del Consejo. El Consejo tampoco ha solicitado el asesoramiento de la Corte acerca de si la promulgación de la declaración unilateral de independencia era compatible con los términos de su resolución 1244. Ésa es la posición actualmente adoptada por el Consejo sobre la cuestión, que es el tema de la solicitud de opinión consultiva de la Corte formulada por la Asamblea General.

5. Los Miembros de las Naciones Unidas han conferido distintas responsabilidades a la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y la Corte Internacional de Justicia y han puesto límites a la competencia de cada uno de esos órganos principales. La Corte — a la vez como órgano principal de las Naciones Unidas y como órgano judicial — debe poner mucho cuidado a fin de no alterar el equilibrio entre esos tres órganos principales, tal como ha sido establecido por la Carta y el Estatuto. Al no abordar adecuadamente la cuestión de si era judicialmente prudente dar una respuesta a la presente solicitud, la Corte ha incumplido ese deber.

6. La mayoría, en un intento de justificar su posición, se refiere a “una tendencia cada vez mayor de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad a ocuparse en forma paralela de los mismos asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales” (Opinión consultiva, párrafo 41), una tendencia que fue señalada por la Corte en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro*. Sin embargo, el presente caso simplemente no forma parte de esa tendencia. Es cierto que la Asamblea General también ha aprobado resoluciones atinentes a la situación en Kosovo (Opinión consultiva, párrafo 38). Sin embargo, como queda en evidencia en la Opinión consultiva, ninguna de esas resoluciones es pertinente ni para el régimen establecido por la resolución 1244 ni para la respuesta a la cuestión planteada por la Asamblea General. La verdad es que todo gira en torno a la interpretación de la resolución 1244 del Consejo de Seguridad.

La mayoría también cita la opinión consultiva sobre *Namibia*, así como las opiniones consultivas sobre *Ciertos gastos de las Naciones Unidas* y sobre las *Condiciones de admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas* (véanse los párrafos 46 y 47 de la Opinión consultiva). Sin embargo, ninguna de esas causas es ni aún remotamente análoga a la presente. En la causa relativa a *Namibia*, el órgano solicitante era el Consejo de Seguridad (véase párr. 2 *supra*). En la opinión relativa a *Ciertos gastos*, la Corte simplemente hace citas de varias resoluciones del Consejo de Seguridad, a fin de señalar la clara existencia de “un historial de consideración, confirmación, aprobación y ratificación reiteradas de las acciones del Secretario General por parte del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General” (*Ciertos gastos de las Naciones Unidas (Artículo 17, párrafo 2, de la Carta)*, Opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1962*, pág. 176). En la opinión sobre las *Condiciones de admisión*, la Corte no se ocupó de ninguna resolución del Consejo de Seguridad. En las causas relativas a *Ciertos gastos* y a las *Condiciones de admisión*, el cometido de la Corte era interpretar la Carta de las Naciones Unidas y en ambas causas la Asamblea General, que era el órgano solicitante, podía haber hecho uso de “los elementos de derecho” proporcionados por la Corte. La mayoría, además, se refiere a las causas contenciosas atinentes a las *Cuestiones relacionadas con la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971, planteadas de resultas del incidente aéreo de Lockerbie*. Sin embargo, en dichas causas la Corte no interpretó ninguna resolución del Consejo de Seguridad. Sólo dijo que Libia, los Estados Unidos y el Reino Unido, como Miembros de las Naciones Unidas, estaban obligados a aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de conformidad con el Artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas (véanse *Cuestiones relacionadas con la interpretación y la aplicación del*

Convenio de Montreal de 1971, planteadas de resultados del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Estados Unidos de América), Medidas provisionales, Providencia de 14 de abril de 1992, I.C.J. Reports 1992, pág. 126, párr. 42; y Cuestiones relacionadas con la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971, planteadas de resultados del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Reino Unido), Medidas provisionales, Providencia de 14 de abril de 1992, I.C.J. Reports 1992, pág. 15, párr. 39).

El hecho de que la mayoría no haya podido encontrar jurisprudencia con alguna pertinencia es bien comprensible, pues la presente causa, como se explica en el párrafo 1, no tiene precedentes.

7. El no ejercicio por parte de la Corte de su discrecionalidad para abstenerse de dar una respuesta a la cuestión planteada por la Asamblea General lamentablemente acarrea graves consecuencias negativas para la integridad de la función judicial de la Corte y para su papel como órgano principal de las Naciones Unidas.

8. En particular, cualquier interpretación de la resolución 1244 del Consejo de Seguridad que la Corte pudiese haber dado, habría sido escasamente autorizada en las circunstancias de la presente causa.

En realidad, cabe recordar un *dictum* de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el sentido de que “es un principio establecido que el derecho a dar una interpretación autorizada de una norma jurídica pertenece únicamente a la persona o el órgano que tenga el poder de modificarla o suprimirla” (*Jaworzina, Opinión consultiva, 1923, P.C.I.J., Series B, núm. 8, pág. 37*). Ello, desde luego, lleva a la conclusión de que:

“Sólo el Consejo de Seguridad, o algún órgano autorizado para hacerlo por el Consejo, puede hacer una interpretación auténtica [de una resolución del Consejo de Seguridad] en el verdadero sentido.” (Michael C. Wood, “The Interpretation of Security Council Resolutions”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2, 1998, pág. 82.)

Es igualmente obvio que:

“La Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales (incluso los tribunales para la ex Yugoslavia y Rwanda) pueden tener que interpretar resoluciones del Consejo de Seguridad a fin de hacer efectivo lo que el Consejo ha decidido.” (Ibíd., pág. 85.)

En la presente causa, empero, la Corte no está interpretando la resolución 1244 a fin de hacer efectivo lo que el Consejo ha decidido. El Consejo no ha decidido nada sobre el tema de la declaración unilateral de independencia. El Consejo ni siquiera ha reconocido la promulgación de la declaración unilateral de independencia. Los términos de la resolución 1244 han permanecido incambiables desde que la declaración unilateral de independencia fue aprobada (véanse los párrafos 91 y 92 de la Opinión consultiva).

9. Debe tenerse presente que las resoluciones del Consejo de Seguridad son decisiones políticas. Por consiguiente, la determinación de la conformidad de determinado acontecimiento, como la promulgación de la declaración unilateral de independencia en la presente causa, con una resolución del Consejo de Seguridad es en gran medida de carácter político. Ello significa que, incluso si una determinación hecha por la Corte fuera correcta en sentido puramente jurídico (cosa que no ocurre en la presente causa), puede ser que aún no sea la determinación acertada desde la

perspectiva política del Consejo de Seguridad. Cuando la Corte hace una determinación acerca de la compatibilidad de la declaración unilateral de independencia con la resolución 1244 — una determinación fundamental para el régimen establecido para Kosovo por el Consejo de Seguridad — sin una solicitud del Consejo, está sustituyendo al Consejo de Seguridad.

10. En cierta forma, la situación a que se enfrenta la Corte en la presente causa es análoga a la que tuvo ante sí con respecto a la calidad de miembro de las Naciones Unidas de la República Federativa de Yugoslavia (FRY), antes de su admisión en 2000. La Corte, cuando consideró, en 1993 y 1996, la causa *Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia* en procedimientos incidentales, se abstuvo de interpretar las resoluciones pertinentes de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad a fin de hacer una determinación acerca de si la República Federativa de Yugoslavia era Miembro de las Naciones Unidas e *ipso facto* parte en el Estatuto de la Corte o no. Se limitó a la observación de que la solución adoptada en las Naciones Unidas sobre la cuestión de la continuación de la calidad de miembro de la República Federativa Socialista de Yugoslavia (República Federativa Socialista de Yugoslavia) “no estaba exenta de dificultades jurídicas” (*Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia), Medidas provisionales, Providencia de 8 de abril de 1993, I.C.J. Reports 1993*, pág. 14, párr. 18). La Corte no abordó esta cuestión en su sentencia de 1996 sobre las excepciones preliminares (*Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia), Excepciones preliminares, Sentencia, I.C.J. Reports 1996 (II)*). Claramente, la Corte no estaba autorizada a hacer una determinación sobre la cuestión de la calidad de miembro de la República Federativa de Yugoslavia en las Naciones Unidas y no la hizo, aunque se trataba de una cuestión de *jus standi*. Sólo después de que el Consejo de Seguridad y la Asamblea General pusieron claridad en la situación al admitir a la República Federativa de Yugoslavia en las Naciones Unidas como nuevo Miembro llegó la Corte en 2004, en las causas sobre la *Legalidad del uso de la fuerza*, a la conclusión de que la República Federativa de Yugoslavia no era Miembro de las Naciones Unidas ni parte en el Estatuto antes de su admisión en las Naciones Unidas en 2000. La Corte observó que

“la importancia de ese nuevo acontecimiento ocurrido en 2000 es que ha aclarado la hasta entonces amorfa situación jurídica en lo tocante a la condición de la República Federativa de Yugoslavia frente a las Naciones Unidas. Es en ese sentido que la situación a que ahora se enfrenta la Corte en relación con Serbia y Montenegro es manifiestamente diferente de la situación con la que se enfrentó en 1999. Si, en ese momento, la Corte hubiera tenido que determinar definitivamente el estatuto de la demandante frente a las Naciones Unidas, su cometido de hacer tal determinación se habría visto complicado por la situación jurídica, que estaba rodeada de incertidumbres relacionadas con dicho estatuto. En cambio, desde la perspectiva en que contempla ahora a la situación jurídica, y a la luz de las consecuencias jurídicas del nuevo acontecimiento a partir del 1º de noviembre de 2000, llega a la conclusión de que Serbia y Montenegro no era Miembro de las Naciones Unidas, y en tal calidad Estado parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en el momento en que presentó la demanda mediante la cual inició el presente procedimiento que la Corte tiene ante sí, el 29 de abril de 1999.” (*Legalidad del uso de la fuerza (Serbia y Montenegro c. Bélgica), Excepciones preliminares, Sentencia, I.C.J. Reports 2004 (I)*, págs. 310

y 311, párr. 79.)

11. Si la Corte hubiese hecho esa determinación en 1993, 1996 o 1999, cuando consideró la solicitud de indicación de medidas provisionales en las causas relativas a la *Legalidad del uso de la fuerza*, habría puesto en peligro la integridad de su función judicial y a la vez comprometido su papel como órgano principal de las Naciones Unidas.

Eso es precisamente lo que está en juego en la presente causa. Por consiguiente, la decisión de la Corte de responder a la cuestión es tan errónea como lamentable.

12. Ahora, con bastante renuencia, tendré que referirme al intento de la mayoría de interpretar la resolución 1244 del Consejo de Seguridad con respecto a la declaración unilateral de independencia. Lamentablemente, en ese proceso, la mayoría ha sacado algunas conclusiones que simplemente no pueden ser acertadas.

13. Una de ellas es la determinación de que la resolución 1244, que tenía el objetivo general de lograr “una solución política de la crisis de Kosovo” (resolución 1244, párrafo 1), no establecía obligaciones vinculantes para los dirigentes albaneses de Kosovo (véase la Opinión consultiva, párrafos 117 y 118). El Consejo de Seguridad no puede ser acusado de tal omisión, que habría hecho que todo el proceso iniciado por la resolución 1244 se volviera irrealizable. El Representante Permanente del Reino Unido dijo lo que era obvio en el momento de la aprobación de la resolución 1244:

“Esta resolución también se aplica *plenamente* a los kosovares de origen étnico albanés, a quienes se exige que hagan todo lo que les corresponde para restablecer la normalidad en Kosovo y para crear instituciones democráticas y autónomas. *El pueblo albanés de Kosovo y sus líderes deben demostrar que están a la altura del desafío de la paz aceptando las obligaciones que impone la resolución*, en particular la desmilitarización del Ejército de Liberación de Kosovo y de otros grupos armados. (Declaración del Representante Permanente del Reino Unido; documento de las Naciones Unidas S/PV.4011, 10 de junio de 1999, pág. 19; cursivas añadidas.)

14. No menos sorprendente es la determinación de la Corte de que “un proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo, teniendo en cuenta los acuerdos de Rambouillet” previsto en la resolución 1244 (resolución 1244, párrafo 11 *e*)), puede ser terminado por una medida unilateral adoptada por los dirigentes albaneses de Kosovo (véase la Opinión consultiva, párrafos 117 y 118). En otras palabras, el Consejo de Seguridad, en opinión de la mayoría, ha creado en el régimen que estableció con arreglo a la resolución 1244 una gigantesca brecha normativa que permitiría llegar a una “solución política” unilateral de la cuestión del estatuto definitivo. Un enfoque de esa índole, si realmente lo hubiera adoptado el Consejo, habría privado de sentido a cualquier negociación sobre el estatuto definitivo. Obviamente, eso no era lo que se proponía el Consejo de Seguridad cuando aprobó y puso en práctica la resolución 1244. Es útil recordar que el párrafo 11 *e*) de la resolución 1244 hace referencia a los acuerdos de Rambouillet, que disponen que:

“Tres años después de [la] entrada en vigor del presente Acuerdo se convocará una reunión internacional para definir un mecanismo de solución final para Kosovo, sobre la base de la voluntad del pueblo, las opiniones de las autoridades

competentes, los esfuerzos realizados por cada Parte [Belgrado y Prishtina] en relación con la ejecución del presente Acuerdo y el Acta Final de Helsinki...” (documento de las Naciones Unidas S/1999/648, 7 de junio de 1999, pág. 85.)

Por más que se esfuerce la imaginación no se podrá leer una “solución unilateral” en esta clara declaración de política que el Consejo de Seguridad hizo suya en su resolución 1244.

La práctica posterior del Consejo de Seguridad con respecto a la resolución 1244 es igualmente clara. Cuando se inició el proceso encaminado a determinar el estatuto definitivo de Kosovo, en 2005, los miembros del Consejo de Seguridad anexaron a la carta dirigida por su Presidente al Secretario General, “para referencia [de éste]”, los Principios rectores para una solución del estatuto de Kosovo convenidos por el Grupo de Contacto (integrado por Alemania, los Estados Unidos, la Federación de Rusia, Francia, Italia y el Reino Unido). Los Principios rectores decían, en términos para nada ambiguos, que “[c]ualquier solución unilateral o derivada del uso de la fuerza sería inaceptable” y que “[l]a decisión definitiva sobre el estatuto de Kosovo habrá de contar con [el] respaldo [del Consejo de Seguridad]” (Principios rectores, anexados a la carta de fecha 10 de noviembre de 2005 dirigida al Secretario General por el Presidente del Consejo de Seguridad, documento de las Naciones Unidas S/2005/709; cursivas añadidas).

15. Por último, la mayoría permite que los autores de la declaración unilateral de independencia eludan la aplicación del Marco Constitucional creado en virtud de la resolución 1244, simplemente fundándose en la alegación de que actuaron fuera de dicho Marco:

“la Corte considera que los autores de dicha declaración no actuaron, ni tuvieron la intención de actuar, en calidad de institución creada por ese orden jurídico y facultada para actuar dentro de él, sino que se propusieron adoptar una medida cuyo significado y cuyos efectos estarían fuera de aquel orden” (Opinión consultiva, párrafo 105).

Lamentablemente, la mayoría no explica la diferencia entre actuar fuera del orden jurídico y violarlo.

16. La versión que da la mayoría de la resolución 1244 es insostenible. Además, el tratamiento que da la Corte a una decisión del Consejo de Seguridad adoptada en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas demuestra que la Corte ha incumplido “sus propias responsabilidades en el mantenimiento de la paz y la seguridad [internacionales] con arreglo a la Carta y al Estatuto de la Corte” (*Legalidad del uso de la fuerza (Yugoslavia c. Bélgica)*, *Medidas provisionales, Providencia de 2 de junio de 1999, I.C.J. Reports 1999 (I)*, pág. 132, párr. 18).

17. También hay un problema con la interpretación que hace la Corte del derecho internacional general. Según la Opinión consultiva, “el derecho internacional general no contiene ninguna prohibición de declaraciones de independencia que sea aplicable” (párrafo 84). Ésta es una afirmación que induce a error y que, lamentablemente, puede tener un efecto inflamatorio. El derecho internacional general simplemente no se refiere a la promulgación de declaraciones de independencia, porque

“las declaraciones de independencia no ‘crean’ o constituyen Estados en derecho internacional. No es la promulgación de tales declaraciones lo que satisface los requisitos de hecho, en derecho internacional, para la calidad de Estado o el

reconocimiento. Con arreglo al derecho internacional, esas declaraciones no constituyen la base jurídica de la calidad de Estado o el reconocimiento.” (CR 2009/31, pág. 46 (Fife, Noruega).)

Las declaraciones de independencia pueden adquirir relevancia en relación con el derecho internacional general sólo cuando se las considera junto con la subyacente reclamación de la calidad de Estado y la independencia. Sin embargo, la cuestión planteada por la Asamblea General “es estrecha y específica” (Opinión consultiva, párrafo 51). “En particular, no pregunta si Kosovo ha adquirido la calidad de Estado o no.” (Ibíd.) Por consiguiente, la cuestión relativa a la legalidad de la declaración unilateral de independencia simplemente no puede ser respondida desde el punto de vista del derecho internacional general. El único derecho aplicable a los efectos de responder a la cuestión planteada por la Asamblea General es la *lex specialis* creada por la resolución 1244 del Consejo de Seguridad.

18. En conclusión, debería decirse que el significado y el alcance de la Opinión consultiva son tan estrechos y específicos como la cuestión a la que responden. La Opinión no examina las consecuencias jurídicas de la declaración unilateral de independencia. No se pronuncia sobre el estatuto definitivo de Kosovo. La Corte deja en claro que

“no considera que sea necesario abordar cuestiones tales como si la declaración ha determinado la creación de un Estado o no, o la condición de los actos de reconocimiento, a fin de dar respuesta a la cuestión planteada por la Asamblea General” (Opinión consultiva, párrafo 51).

La Corte también señala que

“[l]os debates relativos a la extensión del derecho a la libre determinación y a la existencia de un derecho de “secesión correctiva” conciernen al derecho a separarse de un Estado... esa cuestión está fuera del alcance de la cuestión planteada por la Asamblea General” (Opinión consultiva, párrafo 83).

La Opinión consultiva no cuestiona en modo alguno que la resolución 1244 permanece en vigor en su totalidad (véanse los párrafos 91 y 92 de la Opinión consultiva). Ello significa que el “proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo” previsto en dicha resolución (párr. 11 *e*)) aún no ha concluido y que el Consejo de Seguridad aún no ha aprobado una solución sobre el estatuto definitivo.

(Firmado) Leonid SKOTNIKOV

[original : inglés]

OPINIÓN SEPARADA DEL MAGISTRADO A. A. CANÇADO TRINDADE

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Prolegómenos	1–3	113
II. Consideraciones sobre cuestiones preliminares de competencia y prudencia judicial	4–34	114
1. La competencia de la Corte, con atención a los aspectos humanitarios preponderantes	4–12	114
2. La supuesta “discrecionalidad” judicial y el deber de la Corte de ejercer su función consultiva	13–34	117
III. Los antecedentes de hecho y el contexto de la cuestión planteada a la Corte	35–52	124
IV. El advenimiento de las organizaciones internacionales y la creciente atención a las necesidades y aspiraciones del “pueblo” o la “población”	53–66	130
1. La Sociedad de las Naciones: el sistema de mandatos	54–58	130
2. Las Naciones Unidas: el sistema de administración fiduciaria	59–61	131
3. La administración internacional de territorios	62–64	132
4. La recurrente preocupación por el “pueblo” o la “población”	65–66	133
V. Consideraciones básicas de humanidad en el tratamiento de los pueblos con arreglo al derecho de gentes	67–74	134
1. Analogías de derecho privado	68–70	134
2. La posición central de los pueblos en los orígenes del derecho de gentes (<i>Law of Nations</i>)	71–72	135
3. La <i>civitas maxima gentium</i> en la visión de los “padres fundadores” del derecho de gentes	73–74	136
VI. La contemporaneidad del derecho de gentes: la visión humanista del orden jurídico internacional	75–96	136
1. El temprano reconocimiento judicial de los derechos de los seres humanos y de los pueblos	78–87	137
2. El legado humanista de los experimentos del pasado a la administración internacional de territorios por las Naciones Unidas	88–96	140
VII. La preocupación de la Organización de las Naciones Unidas en conjunto por la tragedia humanitaria en Kosovo	97–131	143
1. Reiteradas expresiones de grave preocupación del Consejo de Seguridad por la tragedia humanitaria en Kosovo	98–102	143
2. Reiteradas expresiones de grave preocupación de la Asamblea General por la tragedia humanitaria en Kosovo	103–114	145

3. Reiteradas expresiones de grave preocupación del Consejo Económico y Social por la tragedia humanitaria en Kosovo	115–118	150
4. Reiteradas expresiones de grave preocupación del Secretario General por la tragedia humanitaria en Kosovo.	119–129	152
5. Apreciación general	130–131	155
VIII. <i>Ex Injuria Jus Non Oritur</i>	132–137	156
IX. Condiciones de vida de la población en Kosovo (desde 1989): las argumentaciones formuladas en el procedimiento consultivo que la Corte tiene actualmente ante sí	138–155	157
1. Argumentaciones formuladas durante la fase escrita del procedimiento.	139–148	157
2. Argumentaciones formuladas durante la fase oral del procedimiento.	149–155	160
X. Reconocimiento judicial de las atrocidades en Kosovo	156–160	162
XI. Pruebas adicionales de las atrocidades en Kosovo: la centralidad de los sufrimientos del pueblo.	161–168	163
XII. El enfoque centrado en el pueblo en el derecho internacional contemporáneo.	169–176	168
1. Nuevo examen del “pueblo” o la “población” y la condición de Estado.	169–172	168
2. El principio de la libre determinación de los pueblos sometidos a una adversidad prolongada o una opresión sistemática	173–176	169
XIII. Los principios del derecho internacional, el derecho de las Naciones Unidas y los fines humanos del Estado	177–211	170
1. La integridad territorial en el marco de esos fines humanos	177–181	170
2. La superación del paradigma interestatal en el derecho internacional.	182–188	171
3. El principio fundamental de igualdad y no discriminación.	189–195	174
4. El principio fundamental de humanidad en el marco del derecho de las Naciones Unidas	196–211	177
XIV. Hacia una concepción integral de la incidencia del <i>Jus Cogens</i>	212–217	181
XV. Consideraciones finales: la independencia de Kosovo con supervisión de las Naciones Unidas.	218–240	183

I. Prolegómenos

1. Mi voto es a favor de la adopción de la presente Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia relativa a Kosovo*, por haber concordado con las conclusiones a que llegó la Corte, enunciadas en el *dispositif*. Como he llegado a las mismas conclusiones sobre la base de un razonamiento distinto al de la Corte, me siento obligado a hacer constar los fundamentos de mi posición personal sobre el asunto en cuestión. Con tal fin, comienzo abordando las cuestiones preliminares de competencia y prudencia judicial, con la atención centrada en los aspectos humanitarios preponderantes de la cuestión planteada a la Corte, y en su deber de ejercer su función consultiva, sin atribuir a la llamada “discrecionalidad” judicial una dimensión que no tiene. A continuación, señalo a la atención la necesidad de proceder a un examen sumamente detenido de los antecedentes de hecho y el contexto de la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2. Mi siguiente línea de reflexiones se dirige al advenimiento de las organizaciones internacionales y a la recurrente y creciente atención dispensada a las necesidades y aspiraciones del “pueblo” o la “población” (en el sistema de mandatos de la Sociedad de las Naciones, en el sistema de administración fiduciaria de las Naciones Unidas y en los experimentos contemporáneos de administración territorial internacional por las Naciones Unidas). Mi siguiente conjunto de consideraciones (en las partes V y VI de la presente opinión separada) propone un enfoque esencialmente humanista del tratamiento de los pueblos en el derecho de gentes, desde las perspectivas histórica y deontológica. A continuación procedo (en la parte VII) a un examen – eludido por la Corte en la presente Opinión consultiva — de la grave preocupación expresada por las Naciones Unidas *en conjunto* por la tragedia humanitaria en Kosovo.

3. Después de recordar el principio *ex injuria jus non oritur*, paso a un examen (en la parte IX) del importante aspecto de las condiciones de vida de la población en Kosovo (a partir de 1989), sobre la base de las argumentaciones formuladas por los participantes en el procedimiento consultivo que la Corte tiene actualmente ante sí, en sus fases escrita y oral. También recuerdo el reconocimiento judicial, y pruebas adicionales, de las atrocidades perpetradas en Kosovo (en el decenio 1989-1999), y atribuyo una posición central a los sufrimientos del pueblo, de conformidad con el enfoque centrado en el pueblo en el derecho internacional contemporáneo. A continuación paso a la consideración de la integridad territorial en el marco de los fines humanos del Estado, a la superación del paradigma interestatal en el derecho internacional contemporáneo, a la importancia preponderante de los principios fundamentales de humanidad, y de igualdad y no discriminación, y a una concepción comprensiva de la incidencia del *jus cogens*. Quedará entonces abierto el camino para la presentación de mis consideraciones finales.

II. Consideraciones sobre cuestiones preliminares de competencia y prudencia judicial

1. La competencia de la Corte, con atención a los aspectos humanitarios preponderantes

4. Ante todo, la competencia de la Corte para emitir la presente Opinión consultiva está, en mi opinión, establecida más allá de toda duda, sobre la base del Artículo 65, párrafo 1, de su Estatuto, en virtud del cual la Corte “podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma”. Esas condiciones han sido reconocidas en la jurisprudencia de la Corte¹. Incumbe a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), como dueña de su propia competencia, cerciorarse de que la solicitud de opinión consultiva proviene de un órgano dotado de competencia para formularla; en el caso de la Asamblea General, dicho órgano está autorizado por el Artículo 96, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas, a solicitar una opinión consultiva de la CIJ sobre “cualquier cuestión jurídica”. En su jurisprudencia, la Corte ha dado a veces indicaciones acerca de las relaciones entre el objeto de las solicitudes de que se trataba y las actividades de la Asamblea General².

5. El Artículo 10 de la Carta de las Naciones Unidas confiere a la Asamblea General competencia para considerar “cualesquier asuntos o cuestiones” comprendidos dentro de los límites de la Carta, y el Artículo 11, párrafo 2, le atribuye específicamente la competencia de discutir “toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que [se] presente a su consideración”. La cuestión planteada a la Corte por la resolución 63/3 de la Asamblea General, aprobada el 08 de octubre de 2008, está comprendida en el ámbito de las actividades de la Asamblea General, que, igual que el Consejo de Seguridad, ha estado tratando la situación en Kosovo durante más de un decenio (véase *infra*)³. El punto principal que puede plantearse aquí atañe al Artículo 12, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas, que dispone que “[m]ientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna esta Carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad”.

6. En todo caso, una solicitud de opinión consultiva no es en sí misma una “recomendación” de la Asamblea General con respecto a una “controversia o situación”. De conformidad con el Artículo 24 de la Carta, el Consejo de Seguridad tiene “la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad

¹ Véase, por ejemplo, CIJ, opinión consultiva sobre la *Petición de revisión del fallo No. 273 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas*, 1982, párr. 21.

² CIJ, opinión consultiva sobre la *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania* (1950) pág. 70; CIJ, opinión consultiva sobre *La amenaza o el uso de armas nucleares*, 1996, párrs. 11 y 12; CIJ, opinión consultiva, sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004, párrs. 16 y 25.

³ Con respecto a la situación en Kosovo, además del curso de acción principal adoptado por el Consejo de Seguridad, el papel de la Asamblea General comprende la adopción de decisiones – con el asesoramiento de su Quinta Comisión – sobre el presupuesto de la UNMIK. Y las responsabilidades del Secretario General comprenden el apoyo al mandato de la UNMIK.

internacionales”⁴. Sin embargo, el Artículo 24 refiere a una competencia primordial, pero no necesariamente exclusiva. La Asamblea General tiene, entre otras cosas, en virtud del Artículo 14 de la Carta de las Naciones Unidas, el poder de “recomendar medidas para el arreglo pacífico” de diversas situaciones. La propia CIJ ha señalado recientemente⁵, en relación con la interpretación del Artículo 12 de la Carta de las Naciones Unidas, que en los últimos años ha habido una “tendencia cada vez mayor” de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad a ocuparse “en forma paralela” de los mismos asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales: mientras el Consejo de Seguridad tiende a centrarse en los aspectos de dichas cuestiones que se relacionan con la paz y la seguridad internacionales, la Asamblea General adopta un enfoque más amplio y *considera también sus aspectos humanitarios, sociales y económicos*.

7. La Asamblea General ha desarrollado la práctica de hacer recomendaciones sobre cuestiones que el Consejo de Seguridad también ha estado tratando; los Estados Miembros de las Naciones Unidas no han objetado tal práctica⁶, y el Consejo de Seguridad no se ha opuesto a ella. Ésta ha sido la “práctica aceptada” de la Asamblea General, según ha evolucionado recientemente, en forma compatible con el Artículo 12, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas. Cuando aprobó, el 08 de octubre de 2008, la resolución 63/3, por la que solicitó una opinión consultiva de la CIJ acerca de la declaración de independencia por las autoridades de Kosovo, la Asamblea General no actuó *ultra vires* con respecto al Artículo 12, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas: estaba plenamente facultada para hacerlo, en el fiel ejercicio de sus funciones⁷ con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas.

8. El aspecto restante en relación con la competencia de la Corte es el de si la solicitud de la Asamblea General se relaciona con una “*cuestión jurídica*” en el sentido de la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Sobre este punto en particular, la CIJ ya ha indicado que las cuestiones que estén “formuladas en términos de derecho” y planteen “problemas de derecho internacional” son “por su propia naturaleza susceptibles de recibir una respuesta basada en el derecho” y parecen ser “cuestiones de carácter jurídico”⁸. Es irrelevante que la cuestión jurídica planteada a la Corte para que ejerza su función consultiva revele también aspectos políticos. Difícilmente podría dudarse de que la cuestión planteada por la Asamblea General a la CIJ para que ésta emita una opinión consultiva es una cuestión jurídica, pues se refiere a la conformidad con el *derecho internacional* de la declaración de independencia formulada por las autoridades de Kosovo. En su jurisprudencia constante, la CIJ ha dejado en claro que una cuestión

⁴ Así pues, a ese respecto, puede imponer a los Estados una “explicita obligación de cumplimiento” si, por ejemplo, expide “una orden o un mandato” en virtud del Capítulo VII, y puede, con tal fin, “requerir ejecución por conducto de medidas coercitivas”; véase CIJ, opinión consultiva sobre Ciertos gastos de las Naciones Unidas, 1962, pág. 163.

⁵ Véase CIJ, opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004, párrs. 27 y 28.

⁶ Véase *United Nations Juridical Yearbook* (1964), págs. 228 y 237.

⁷ Sobre este punto en particular, la CIJ ya ha indicado que las cuestiones que estén “formuladas en términos de derecho” y planteen “problemas de derecho internacional” son “por su propia naturaleza susceptibles de recibir una respuesta basada en el derecho” y parecen ser “cuestiones de carácter jurídico”; CIJ, opinión consultiva sobre el *Sáhara Occidental*, 1975, párr. 15; CIJ, opinión consultiva sobre *La amenaza o el uso de armas nucleares*, 1996, párr. 11.

⁸ CIJ, opinión consultiva sobre el *Sáhara Occidental*, 1975, párr. 15; CIJ, opinión consultiva sobre *La amenaza o el uso de armas nucleares*, 1996, párr. 11.

jurídica puede también revelar aspectos políticos, “como ocurre, en la naturaleza de las cosas, con tantas cuestiones que surgen en la vida internacional”; ello “no basta para privarla de su carácter de ‘cuestión jurídica’ y ‘privar a la Corte de una competencia que su Estatuto le confiere expresamente’”⁹.

9. La CIJ ha dejado en claro que no puede atribuir carácter político a una solicitud de opinión consultiva que la invita a realizar una “tarea esencialmente judicial”¹⁰ atinente al alcance de obligaciones impuestas por el derecho internacional¹¹, a saber, una apreciación de “la legalidad de la posible conducta de los Estados” con respecto a obligaciones que les impone el derecho internacional¹². Desde los primeros años de la CIJ, se ha aclarado que la vieja distinción entre las cuestiones llamadas “jurídicas” y “políticas” no se tiene en pie, pues no hay cuestiones que, por su “naturaleza intrínseca”, puedan calificarse como esencialmente “jurídicas” o “políticas”; esas calificaciones corresponden más bien a los medios de solución de las cuestiones de que se trata¹³, que pueden ser “jurídicos” (judiciales) o de otra índole. Así pues, es algo sorprendente ver que este punto se plantea persistentemente ante la CIJ a lo largo de los años sin una fundamentación congruente.

10. A la luz de lo que antecede, se puede concluir que la presente solicitud de opinión consultiva formulada a la CIJ por la Asamblea General, mediante su resolución 63/3, de 08.10.2008, cumple las exigencias del Artículo 96, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas y del Artículo 65 del Estatuto de la Corte, con respecto tanto a la competencia del órgano solicitante (la Asamblea General) y a la sustancia de la solicitud, y revela tener la naturaleza de una cuestión jurídica. Ello es suficiente para determinar la cuestión de la competencia de la Corte. Además, ninguno de los elementos planteados en el curso del presente procedimiento consultivo podría llevar a la Corte a una conclusión diferente

11. Consiguientemente, coincido con la opinión de la Corte de que tiene competencia para emitir la opinión consultiva solicitada. Ésta debería prestar atención al panorama más amplio de la consideración de las cuestiones que tenía en vista la Asamblea General (véase *supra*), centrándose en los *aspectos humanitarios preponderantes* que rodean al tema de la conformidad o no con el derecho internacional de la declaración de independencia den que se trata. Ello exige una detenida consideración por la Corte del *complejo fáctico* de la solicitud que se le

⁹ CIJ, opinión consultiva sobre la *Petición de revisión del fallo núm. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas*, 1973, párr. 14; CIJ, opinión consultiva sobre *La amenaza o el uso de armas nucleares*, 1996, párr. 13.

¹⁰ CIJ, opinión consultiva sobre *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, 1962, pág. 155.

¹¹ Véase CIJ, opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004, párr. 41.

¹² Véase CIJ, opinión consultiva sobre las *Condiciones de admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas (Artículo 4 de la Carta)*, 1948, págs. 61 y 62; CIJ, opinión consultiva sobre la *Competencia de la Asamblea General para admitir a un Estado como Miembro de las Naciones Unidas*, 1950, págs. 6 y 7; CIJ, opinión consultiva sobre *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, 1962, pág. 155. Y véase también CIJ, opinión consultiva sobre *La amenaza o el uso de armas nucleares*, 1996, párr. 13; CIJ, opinión consultiva sobre la *Interpretación del acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*, 1980, párr. 33.

¹³ Véase M. Vaucher, *Le problème de la justiciabilité et de la non-justiciabilité en droit international des différends dits “politiques” ou “non-juridiques” et les notions de compétence exclusive et de compétence nationale*, París, Pédone, 1951, págs. 3 a 243.

presentó (véase *infra*), de modo de evitar un razonamiento aséptico en la opinión consultiva.

12. Éste es un aspecto en relación con el cual mi razonamiento difiere del de la Corte. La consideración del *complejo fáctico* es de considerable importancia, pues las declaraciones de independencia no se proclaman en un vacío social, y exigen que se tengan en cuenta por lo menos sus *causas* inmediatas. Éste es un punto de mucho mayor importancia que los argumentos usuales atinentes a la llamada “discrecionalidad” judicial, a la que se refiere extensamente la Corte en la presente Opinión consultiva. Este argumento ha sido reiteradamente planteado ante esta Corte, en su práctica relativa al ejercicio de su competencia consultiva. Este punto no merecía más que un breve examen de la jurisprudencia constante de la Corte a su respecto, para poder concentrar la atención en otros puntos que son de mucho mayor importancia, como los antecedentes de hecho de la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General.

2. La supuesta “discrecionalidad” judicial y el deber de la Corte de ejercer su función consultiva

13. La segunda línea de consideraciones en esta etapa preliminar, atinente a la “discrecionalidad” judicial (y no a la prudencia judicial), ha sido puesta en primer plano por determinados argumentos invocados por algunos participantes, en el curso del presente procedimiento. Dichos argumentos trataban de persuadir a la Corte de que de todos modos debía negarse, en ejercicio de su facultad discrecional, a emitir la opinión consultiva solicitada por la Asamblea General, sea porque la solicitud atañía a “asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados” (con arreglo al Artículo 2, párrafo 7, de la Carta de las Naciones Unidas), o porque se sostenía que el procedimiento se estaba usando primariamente para promover el interés de Estados individuales y no el del órgano solicitante, o porque la opinión consultiva de la Corte carecería de todo efecto útil, o porque podía sostenerse que la opinión de la Corte tendría efectos negativos respecto de la paz y la seguridad en la región, o porque no existía el consentimiento de Kosovo a la competencia de la Corte, o bien porque supuestamente sería políticamente inadecuado que la Corte emitiera la opinión consultiva. Considero que todos esos argumentos son totalmente inconvincentes.

14. Para comenzar, la propia CIJ observó, en una opinión consultiva emitida hace seis decenios, que el Artículo 65 de su Estatuto le da “el poder de examinar si las circunstancias de la causa son de tal carácter que deban llevarla a negarse a responder a la solicitud”¹⁴; además, advirtió que “la respuesta de la Corte, que es ella misma un ‘órgano de las Naciones Unidas’, representa su participación en las actividades de la Organización, y, en principio, no debería negarse”¹⁵. De conformidad con su propia jurisprudencia constante, sólo “razones imperiosas” podrían llevar a la CIJ a tal negativa¹⁶.

¹⁴ CIJ, opinión consultiva sobre la *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*, 1950, pág. 72.

¹⁵ *Ibid.*, pág. 71.

¹⁶ CIJ, opinión consultiva sobre los *Fallos dictados por el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo con motivo de las demandas presentadas contra la UNESCO*, 1956, pág. 86; CIJ, opinión consultiva sobre *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, 1962, pág. 155; opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, 1971, pág. 27;

15. En cuanto al argumento de la jurisdicción interna (*supra*), ya en la causa de los *Decretos de nacionalidad en Túnez y Marruecos* (1923), la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) consideró que “[l]a cuestión de si determinado asunto pertenece o no exclusivamente a la jurisdicción interna de un Estado es una cuestión esencialmente relativa; depende del desarrollo de las relaciones internacionales” (págs. 23 y 24). Desde entonces, en su práctica constante, en la línea de ese *obiter dictum* de la CPJI, tanto los órganos principales de las Naciones Unidas como los Estados Miembros de las Naciones Unidas han reconocido la gradual erosión de la posible invocación de la jurisdicción interna con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas.

16. Esto ha sido reconocido también en la literatura jurídica internacional sobre este punto en particular. Así pues, se consideró, hace 35 años, que el hecho de que un Estado que planteaba una objeción fundada en la jurisdicción interna no pudiera impedir que el asunto se incluyera en el programa del órgano internacional que lo estuviese considerando ni su examen a nivel internacional, aportaba pruebas a favor de la opinión de que el dominio reservado de los Estados ya estaba sufriendo un continuo proceso de reducción. La jurisdicción interna en este contexto pasa a ser un *residuum* de la autoridad discrecional dejada por el derecho internacional dentro del dominio reservado de los Estados¹⁷. Dos decenios después, se reafirmó que el Artículo 2, párrafo 7, de la Carta de las Naciones Unidas era inaplicable en la medida en que estuviese en juego el principio de la libre determinación, vinculado a la consideración de las cuestiones de derechos humanos, y de tal modo excluido del dominio de la jurisdicción interna¹⁸.

17. De hecho, la propia CIJ ha dicho que “[e]l fin de la opinión consultiva de la Corte no es resolver – al menos directamente – controversias entre Estados, sino brindar asesoramiento jurídico a los órganos e instituciones que solicitaron la opinión”¹⁹. La práctica de las Naciones Unidas con respecto a la crisis humanitaria de Kosovo ilustra el acuerdo generalizado acerca de que los poderes de los órganos principales de las Naciones Unidas (en particular el Consejo de Seguridad y la Asamblea General) para iniciar y emprender medidas encaminadas a lograr el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, son más bien amplios, – y no pueden ser restringidos por la invocación de la jurisdicción interna de los Estados en particular. Siendo así, la CIJ, en su calidad de “órgano judicial principal de las Naciones Unidas” (Artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas), no puede aceptar la invocación de la jurisdicción interna como razón para abstenerse de ejercer su función consultiva, y esto se aplica a la presente solicitud de opinión consultiva sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia relativa a Kosovo*.

18. Algunos participantes en el presente procedimiento consultivo plantearon otro

CIJ, opinión consultiva sobre la *Petición de revisión del fallo núm. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas*, 1973, pág. 183; CIJ, opinión consultiva sobre el *Sáhara Occidental*, 1975, pág. 21; CIJ, opinión consultiva sobre la *Aplicabilidad de la sección 22 del artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas*, 1989, pág. 191; CIJ, opinión consultiva sobre *La amenaza o el uso de armas nucleares*, 1996, pág. 235.

¹⁷ A.A. Cançado Trindade, “The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organizations”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25 (1976), págs. 713 a 765.

¹⁸ A. Cassese, *Self-Determination of Peoples – A Legal Reappraisal*, Cambridge, University Press, 1995, págs. 174 y ss.

¹⁹ CIJ, opinión consultiva sobre *La amenaza o el uso de armas nucleares*, 1996, párr. 15; CIJ, opinión consultiva sobre la *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania, Primera fase*, 1950, pág. 71.

argumento, según el cual supuestamente el procedimiento consultivo se estaría usando primariamente para promover el interés de Estados individualmente considerados, y no las preocupaciones de la Asamblea General como órgano de las Naciones Unidas que solicitó la opinión. Un grupo de participantes argumentó además que, habida cuenta de la ajustada votación en la aprobación de la resolución 63/3 de la Asamblea General, la CIJ tendría que ser sumamente cuidadosa al emitir la opinión consultiva, si es que la emitía; a juicio de esos participantes, la CIJ debía actuar con suma circunspección. En mi percepción, esos argumentos constituyen una petición de principio.

19. Todas esas consideraciones tendrían que haberse tenido presentes en el curso del examen del proyecto de resolución de la Asamblea General²⁰, cuando todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas tenían la oportunidad de expresar sus opiniones a favor o en contra de la aprobación de ese proyecto de resolución. La propuesta de inclusión del tema en el programa de la Asamblea General fue formulada originalmente por Serbia, y todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas tuvieron la oportunidad de dar a conocer sus opiniones en la consideración de este tema del programa. Las circunstancias de la aprobación del proyecto de resolución en una votación bastante ajustada o dividida son, en mi opinión, irrelevantes.

20. La resolución 63/3 fue aprobada en nombre de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y no sólo de los Estados que votaron a favor de ella. Ello deriva de la personalidad jurídica internacional de las Naciones Unidas, que está dotada de una voluntad propia, sin duda distinta de la suma de las voluntades de sus Estados Miembros, o de algunos de ellos (los que votan a favor de una resolución de uno de sus órganos principales). En el caso concreto, los Estados Miembros de las Naciones Unidas consideraron el asunto en la Asamblea General, y *ésta*, como uno de los órganos principales de las Naciones Unidas, decidió hacer de la cuestión de la declaración de independencia de Kosovo una cuestión de “incumbencia de las Naciones Unidas”.

21. Así pues, la CIJ debía proceder con cuidado – como desde luego lo hizo – pero sin sentirse inhibida de emitir la presente Opinión consultiva. No compete a la Corte adentrarse en las circunstancias del debate político que precedió a la aprobación de la resolución 63/3 (2008) de la Asamblea General. La propia CIJ ha advertido que “la opinión de la Corte no se da a los Estados, sino al órgano que está facultado para solicitarla”²¹. La comunidad internacional espera que la Corte actúe a la altura de las elevadas responsabilidades que le incumben, sin sucumbir a aprensiones o temores, frente a las aparentes sensibilidades de algunos Estados. Incumbe a la Corte decir el derecho (*juris dictio*)²².

22. En todo caso, compete a la propia Corte apreciar las consecuencias de su decisión de

²⁰ Documento de las Naciones Unidas A/63/L.2.

²¹ CIJ, opinión consultiva sobre la *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*, 1950, pág. 71.

²² La CIJ ha señalado, en diversas ocasiones, que “puede emitir una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica, abstracta o de otra índole”. CIJ, opinión consultiva sobre las *Condiciones de admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas*, 1948, pág. 61; CIJ, opinión consultiva sobre *Efectos de los fallos del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas en los que se fijan indemnizaciones*, 1954, pág. 51; CIJ, opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, 1971, párr. 40; CIJ, opinión consultiva sobre *La amenaza o el uso de armas nucleares*, 1996, párr. 14; CIJ, opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004, párr. 40.

emitir una opinión consultiva, teniendo presente que no puede en absoluto abstenerse de ejercer su función consultiva de *decir el derecho* (*juris dictio*). Después de todo, la propia CIJ señaló, seis decenios atrás, que dar una respuesta correcta a una solicitud de opinión consultiva “representa su participación en las actividades de la Organización, y, en principio, no debería negarse”²³.

23. Consiguientemente, el argumento de un par de participantes en el presente procedimiento consultivo en el sentido de que la opinión consultiva de la Corte carece de un fin útil, me parece totalmente infundado. Lo mismo se aplica a la alegada falta de “efecto práctico” de la opinión de la Corte: esa alegación es simplemente una petición de principio. A este respecto, cabe recordar la jurisprudencia constante de la Corte sobre el punto en cuestión²⁴. En el caso concreto, el cometido de la Corte es emitir una opinión sobre la cuestión de la conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia de Kosovo; e incumbe a la Asamblea General sacar sus propias conclusiones de la opinión de la Corte y aplicarlas a su tratamiento ulterior de la situación en Kosovo. Al proceder de esta manera, la CIJ está contribuyendo al *estado de derecho* en el plano internacional, que, desde la Cumbre Mundial de 2005 de las Naciones Unidas ha estado atrayendo un interés y una atención cada vez mayores, y desde 2006 ha pasado a ser un importante tema del programa (“*El estado de derecho en los planos nacional e internacional*”) de la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁵.

24. El argumento siguiente, con una aparente incidencia en la “discrecionalidad” o la prudencia judicial, según el cual la opinión de la Corte supuestamente tendría “efectos negativos para la paz y la seguridad” en la región, análogamente constituye una petición de principio. No hay nada nuevo bajo el sol, y la propia Corte ya ha respondido a argumentos de esta índole en anteriores opiniones consultivas. Por ejemplo, en su opinión consultiva sobre *La amenaza o el uso de armas nucleares* (1996), la CIJ dijo:

“Se ha (...) argumentado que una respuesta de la Corte en la presente causa podría afectar negativamente a las negociaciones sobre desarme y, por consiguiente, sería contraria al interés de las Naciones Unidas. La Corte tiene conciencia de que, cualesquiera fueren sus conclusiones en la opinión que emita, serían pertinentes para el debate en curso sobre el asunto en la Asamblea General y presentarían un elemento adicional en las negociaciones sobre el asunto. Más

²³ CIJ, opinión consultiva sobre la *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania – Primera fase*, 1950, pág. 71.

²⁴ Así pues, en su opinión consultiva sobre el *Sáhara Occidental* (1975), la CIJ tuvo en cuenta que ninguna disposición de la Carta de las Naciones Unidas, o de su Estatuto, limitaba la competencia de la Asamblea General para solicitar una opinión consultiva, o su propia competencia para emitir una opinión, sobre cuestiones jurídicas relacionadas con derechos u obligaciones existentes (párr. 18). La opinión proporcionaría a la Asamblea General “elementos de carácter jurídico pertinentes para su ulterior tratamiento” del tema objeto de debate (párr. 32). Anteriormente, en su opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (1951), la CIJ observó que el objeto de esa solicitud de opinión era “orientar a las Naciones Unidas con respecto a sus propias actividades” (pág. 19). Y hace un lustro, la CIJ destacó que, como se derivaba claramente de su jurisprudencia constante, “las opiniones consultivas de la Corte debían considerarse como un medio para que un órgano o a una institución obtuvieran una aclaración jurídica en relación con una medida futura que tomarían”; CIJ, opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004, párr. 59.

²⁵ Véanse las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 61/39, de 18.12.2006; 62/70, de 06.12.2007; 63/128, de 11.12.2008, y 64/116, de 16.12.2009.

allá de ello, el efecto de la opinión es un asunto de apreciación” (párr. 17)²⁶.

25. No es de incumbencia de la Corte especular sobre los eventuales efectos de sus opiniones consultivas; en mi opinión, incumbe más bien a la Corte contribuir, en el fiel ejercicio de su función consultiva, a la *prevalencia del estado de derecho* en la conducción de las relaciones internacionales. Con ello puede muy bien ayudar a reducir la tensión y la controversia política en la región de que se trate. En el pasado más lejano, hubo una tendencia de opinión que era partidaria de reconocer a la Corte de la Haya una amplia discrecionalidad para decidir si emitía una opinión consultiva o no; fue seguida por otra tendencia de opinión que aceptaba esa discrecionalidad, pero sólo excepcionalmente y frente a “razones imperiosas” (*compelling reasons –raisons décisives*). Una tendencia de opinión más esclarecida descarta la discrecionalidad, aceptando sólo la inadmisibilidad para proteger la integridad judicial²⁷.

26. En el párrafo 29 de la presente Opinión consultiva sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia relativa a Kosovo*, la Corte parece haber caído en una innecesaria confusión, al admitir, lamentablemente, una autolimitación en su función consultiva, y al atribuir a la llamada “discrecionalidad” una dimensión que no tiene. Ha confundido la discrecionalidad con la prudencia judicial, ha omitido poner de relieve la postura proactiva que con acierto adoptó en la era de las Naciones Unidas, en ejercicio de su función consultiva, como órgano judicial principal de las Naciones Unidas (Artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas), y como baluarte final de la prevalencia del estado de derecho en la conducción de las relaciones internacionales²⁸. Del mismo modo, es algo inquietante encontrar, en la desafortunada redacción del párrafo 29, que el fantasma de *Carelia Oriental* parece, como el ave fénix, haber resurgido de las cenizas...

27. La función consultiva de la Corte no es una simple facultad, que pueda utilizar en uso de su libre discrecionalidad: es una *función*, en definitiva de la mayor importancia para la comunidad internacional en su conjunto, del órgano judicial principal de las Naciones Unidas. El ejercicio de la discrecionalidad corresponde a los órganos políticos, como la Asamblea General o el Consejo de Seguridad, también cuando deciden solicitar una opinión consultiva a la CIJ. Ésta, cuando conoce de un asunto – sea una solicitud de opinión consultiva o una causa contenciosa – tiene el deber de desempeñar fielmente sus funciones judiciales, sea en asuntos consultivos o en causas contenciosas. La Corte no puede permitirse apreciar la oportunidad de una opinión consultiva, y me resulta sorprendente que la Corte dedique tanta atención a esta cuestión en la presente Opinión consultiva (párrafos 29 a 48), hasta el punto de examinar tecnicismos (en los párrafos 36 y 39, en relación con los respectivos papeles y facultades del Consejo de Seguridad y la Asamblea General) y de eludir una detenida consideración de los antecedentes de hecho (véase *infra*) de la *grave crisis humanitaria en Kosovo*, que señalaron a su atención varios

²⁶ Véase también CIJ, opinión consultiva sobre el *Sáhara Occidental*, 1975, párr. 73.

²⁷ Véase R. Kolb, “De la prétendue discrétion de la Cour Internationale de Justice de refuser de donner un avis consultatif”, en *The International Legal System in Quest of Equity and Universality – Liber Amicorum G. Abi-Saab* (eds. L. Boisson de Chazournes y V. Gowlland-Debbas), La Haya, Nijhoff, 2001, págs. 614 a 618, y véanse págs. 619 a 627.

²⁸ En su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (2004), la CIJ recordó que “[I]a Corte actual no se ha abstenido jamás de responder a una solicitud de opinión consultiva invocando su facultad discrecional. (...) Sólo en una ocasión el órgano predecesor de la Corte actual, la Corte Permanente de Justicia Internacional, estimó que no podía responder a una cuestión que se le había planteado (*Condición de Carelia Oriental*, opinión consultiva, 1923)” (párr. 44).

de los participantes en el curso de las fases escrita y oral del presente procedimiento consultivo.

28. Después de todo, nuestra edad es la edad de la tranquilizante multiplicación de los tribunales internacionales, como testimonio del reconocimiento de la primacía del derecho sobre la fuerza. Nuestra edad es la edad de la “jurisdiccionalización” del derecho y las relaciones internacionales, como testimonio de las mejoras en las modalidades de solución pacífica de controversias. Nuestra edad es la edad de la *expansión de la jurisdicción internacional*, como testimonio de los avances de la idea de una justicia objetiva. Nuestra edad es la edad de una atención constantemente creciente a los avances del *estado de derecho* en los planos nacional e internacional, una causa en la que ahora están empeñadas las Naciones Unidas en su conjunto, particularmente desde 2006 en adelante (véase *supra*). La invocación de la “discrecionalidad”, y la insistencia en ella – bastante discrecionalmente – parecen, en mi opinión, pasar por alto la evolución de la función judicial en el derecho internacional contemporáneo, si no tratar de obstruir su curso. Afortunadamente, la conciencia del fenómeno contemporáneo y tranquilizante de la jurisdiccionalización ha prevalecido en definitiva sobre la indebida politización, subrayando algunos de los argumentos examinados por la Corte, que ésta debería haber descartado rápidamente.

29. Pasando a otro aspecto relacionado, me parece además claro que la CIJ está plenamente facultada, si lo estima adecuado, para reformular la cuestión que se le planteó mediante la solicitud de opinión consultiva, de modo de lograr más claridad. Así pues, la supuesta falta de claridad o certidumbre en la redacción de una cuestión no puede ser invocada con el resultado de privar a la Corte de su competencia. Muy por el contrario, cualquier incertidumbre puede dar lugar a una aclaración o reformulación por parte de la propia Corte. De hecho, a lo largo de los decenios, tanto la CPJI como la CIJ han observado reiteradamente que la redacción de una solicitud de opinión consultiva no expresaba adecuadamente la cuestión sobre la cual se solicitaba la opinión de la Corte²⁹, o bien no correspondía a la “verdadera cuestión jurídica” que se estaba considerando³⁰. En un caso particular, la CIJ señaló que la cuestión que se le había planteado, “a simple vista, a la vez estaba inadecuadamente expresada y era vaga”³¹.

30. Consiguientemente, la Corte ha debido frecuentemente ampliar, interpretar e incluso reformular las cuestiones planteadas³²; y concordantemente ha considerado adecuado “identificar los principios y normas existentes”, interpretarlos y aplicarlos, brindando de tal manera una respuesta a “la cuestión planteada sobre la base del derecho”³³. Ello permite desechar el argumento totalmente inconvincente – si no inadecuado – de que supuestamente sería “políticamente inadecuado” que la CIJ emitiera la presente Opinión

²⁹ Véase, por ejemplo, CPJI, opinión consultiva sobre la *Interpretación del acuerdo grecoturco de 01.12.1926*, 1928, págs. 14 a 16.

³⁰ CIJ, opinión consultiva sobre la *Interpretación del acuerdo de 25.03.1951 entre la OMS y Egipto*, 1980, párrs. 34 a 36.

³¹ CIJ, opinión consultiva sobre la *Petición de revisión del fallo núm. 273 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas*, 1982, párr. 46.

³² Véase, además de las tres opiniones consultivas mencionadas, también la opinión consultiva de la CIJ sobre la *Admisibilidad de solicitudes de audiencia por la Comisión del África Sudoccidental*, 1956, pág. 25; y la opinión consultiva de la CIJ sobre *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, 1962, págs. 157 a 162.

³³ CIJ, opinión consultiva sobre *La amenaza o el uso de armas nucleares*, 1996, párr. 13; CIJ, opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004, párr. 38.

consultiva. Simplemente no se debería plantear un argumento de esa índole ante “el órgano *judicial* principal de las Naciones Unidas” (Artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas), que no puede atribuir un carácter político a una solicitud que se supone que la invita a emprender un cometido esencialmente judicial³⁴. La propia CIJ ha reflexionado, a este respecto, que

“En las instituciones en las cuales las consideraciones políticas son prominentes, tal vez sea particularmente necesario que una organización internacional obtenga una opinión consultiva de la Corte acerca de los principios jurídicos aplicables con respecto al asunto en debate”³⁵.

31. Sin embargo, en el curso del presente procedimiento consultivo se ha planteado otro argumento de índole análoga, a saber, la falta de consentimiento de Kosovo a la competencia de la Corte, cosa que supuestamente afectaría a la Corte como asunto de prudencia judicial: según el argumento, la CIJ debería abstenerse de ejercer su competencia en el presente caso, porque la solicitud de la Asamblea General atañe, según se afirma, a una controversia bilateral entre Kosovo y Serbia con respecto a la cual Kosovo no ha consentido en el ejercicio de esa competencia. En mi opinión, ese argumento también parece ser inconvincente e infundado.

32. Como es de conocimiento general, el consentimiento es requisito para el ejercicio de la función *contenciosa* de la Corte, y no de su función consultiva. Y no podría ser de otro modo, pues la finalidad de las opiniones consultivas es servir de orientación o guía de las Naciones Unidas y sus órganos. La propia CIJ ha aclarado este aspecto, seis decenios atrás, en su célebre opinión consultiva sobre la *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania (Primera fase)*, 1950), en la que dijo, textualmente, lo siguiente:

“El consentimiento de los Estados, partes en una controversia, es la base de la competencia de la Corte en los casos contenciosos. La situación es diferente en lo tocante al procedimiento consultivo, incluso cuando la solicitud de opinión se relaciona con una cuestión jurídica actualmente pendiente entre Estados. La respuesta de la Corte es sólo de carácter consultivo: como tal, no tiene fuerza vinculante. De ello se infiere que ningún Estado, ya sea Miembro de las Naciones Unidas o no, puede impedir que se emita una opinión consultiva que las Naciones Unidas consideran deseable a fin de obtener un esclarecimiento en cuanto al curso de acción que deberían adoptar. La opinión de la Corte no se da a los Estados, sino al órgano que está facultado para solicitarla; la respuesta de la Corte (...), en principio, no debería negarse” (pág. 71)³⁶.

³⁴ CIJ, opinión consultiva sobre *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, 1962, pág. 155.

³⁵ CIJ, opinión consultiva sobre la *Interpretación del acuerdo de 25.03.1951 entre la OMS y Egipto*, 1980, pág. 87, párr. 33.

³⁶ La CIJ siguió este mismo razonamiento, hace un lustro, en su anterior opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (2004). La Corte, después de examinar “la oposición de ciertos Estados interesados a la solicitud de [que] la Asamblea General” emitiera una opinión consultiva sobre el tema en debate, “desde el punto de vista de la prudencia judicial”, consideró que

“El objeto de la solicitud que tiene ante sí la Corte es obtener de ella una opinión que la Asamblea General considera de utilidad para el buen ejercicio de sus funciones. La opinión solicitada se refiere a una cuestión que preocupa especialmente a las Naciones Unidas y que se sitúa en un marco de referencia mucho más amplio que una controversia bilateral.” (párr. 50).

En el presente caso, el objeto de la solicitud de opinión consultiva de la CIJ es ilustrar a la Asamblea General en cuanto a si la declaración de independencia de Kosovo por sus autoridades se ajusta al derecho internacional o no.

33. Además, debe tenerse presente que, si bien el consentimiento previo de los Estados siempre ha sido una barrera para el ejercicio de la función de la CIJ de resolver los casos contenciosos, ocurre lo contrario en lo tocante al ejercicio de su función consultiva: ésta no está en absoluto condicionada por el consentimiento previo de los Estados. Aquí, la CIJ tiene un medio no sólo para aclarar las cuestiones que se le transmiten para que emita opiniones consultivas, sino también para contribuir con ello al desarrollo progresivo del derecho internacional. Hay tres notables ejemplos en este sentido en sus innovadoras opiniones consultivas sobre la *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, de 1949; sobre las *Reservas a la Convención sobre el Genocidio*, de 1951, y sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, de 1971.

34. En suma y conclusión acerca de la cuestión preliminar en consideración, ninguno de los argumentos formulados en el curso del presente procedimiento consultivo con el fin de tratar de persuadir a la CIJ de que se inhibiera y se abstuviera de cumplir su función consultiva en relación con la declaración de independencia de Kosovo por sus autoridades, resiste a un examen detenido. La competencia de la Corte está plenamente establecida en el presente asunto (véase *supra*), y no existe ninguna “razón imperiosa” para que la Corte no la ejerza. No es necesario aclarar mucho más a este respecto. Mi conclusión sobre este punto es que no se trata para nada de que la Corte actúe “discrecionalmente”; la Corte tiene que desempeñar su función consultiva, y debe emitir, como acaba de hacerlo, la opinión consultiva solicitada, cumpliendo así fielmente sus deberes como órgano judicial principal de las Naciones Unidas. A su vez, la Corte debería, en mi opinión, haber dedicado una atención mucho mayor que la que dedicó en la presente Opinión consultiva al contexto fáctico – en particular los antecedentes de hecho – del asunto en cuestión.

III. Los antecedentes de hecho y el contexto de la cuestión planteada a la Corte

35. En la presente Opinión consultiva sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia relativa a Kosovo*, la Corte aplicó un enfoque minimalista de los antecedentes de hecho de la cuestión que le planteó la Asamblea General, concentrando su atención en la declaración de independencia de Kosovo de 17.02.2008, y haciendo abstracción de sus *causas*, relativas a la trágica sucesión de hechos de la prolongada y *grave crisis humanitaria de Kosovo*, que culminó con la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad. Como miembro de la Corte, me siento obligado a examinar esos antecedentes de hecho en la presente opinión separada, habida cuenta de que la Corte parece no haber considerado necesario hacerlo, a saber, considerar detenidamente la *grave crisis humanitaria* de Kosovo. Esta cuestión, a la que asigno gran importancia, fue, después de todo, señalada reiteradamente a la atención de la Corte, en el curso del presente procedimiento consultivo, por varios participantes, tanto en la fase escrita como en la oral. Tal vez la Corte, como la humanidad, “no puede soportar mucha

realidad”³⁷.

36. Al considerar, consiguientemente, los antecedentes de hecho y el contexto de la cuestión planteada por la solicitud formulada a la Corte por la Asamblea General a fin de que emitiera la presente Opinión consultiva, me permito señalar a la atención que, en ocasiones anteriores, bastante nítidamente, la CIJ consideró adecuado examinar detenidamente *toda la gama de hechos* que llevaron a las cuestiones llevadas a su conocimiento a los efectos de las opiniones consultivas solicitadas. Así pues, en su célebre opinión consultiva de 1971 sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, la CIJ dijo que

“Es algo incontrovertido, y está ampliamente apoyado por documentos anexados a la exposición escrita de Sudáfrica en el presente procedimiento, que la política gubernamental oficial seguida por Sudáfrica en Namibia consiste en lograr una completa separación física de razas y grupos étnicos en zonas separadas dentro del territorio. La aplicación de esa política ha requerido, según lo ha admitido Sudáfrica, medidas restrictivas de control adoptadas y hechas cumplir oficialmente en el Territorio por el poder coercitivo del ex mandatario. Dichas medidas establecen limitaciones, exclusiones o restricciones para los miembros de los grupos de población indígenas con respecto a su participación en determinados tipos de actividades, esferas de estudio o de formación, trabajo o empleo, y también los someten a restricciones o exclusiones de residencia y movimiento en grandes partes del territorio.

Con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas, el ex mandatario se ha comprometido a observar y respetar, en un territorio que tiene una condición internacional, los derechos humanos y libertades fundamentales de todos sin distinción por motivos de raza. Establecer, en lugar de ello, y hacer cumplir, distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones exclusivamente basadas en motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico que constituiría una denegación de los derechos humanos fundamentales es una flagrante violación de los propósitos y principios de la Carta” (párrs. 130 y 131).

37. Análogamente, en su opinión consultiva de 1975 sobre el *Sáhara Occidental*, la CIJ examinó el asunto llevado a su conocimiento “en el contexto de ese territorio y esa organización social y política de la población” (párr. 89), cosa que la llevó a hacer un detallado examen de los hechos (párrs. 90 a 107). Y, una vez más, en su opinión consultiva de 2004 sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, antes de determinar los principios y normas de derecho internacional que tenían importancia para apreciar la legalidad de las medidas tomadas por Israel, la Corte describió extensamente las obras que Israel había construido o estaba proyectando construir, basándose en el informe del Secretario General. La opinión consultiva dio abundantes detalles sobre el efecto de dichas obras para los palestinos (párrs. 79 a 85). Y la CIJ añadió que, para “los acontecimientos posteriores a la publicación” del informe del Secretario General, haría referencia a la información complementaria contenida en la exposición escrita de las Naciones Unidas, que según el Secretario General tenía la

³⁷ Parafraseando el soliloquio de Thomas Becket en Canterbury, su premonición frente a la inminencia de su sacrificio; véase T.S. Eliot, “Murder in the Cathedral” (de 1935), en *The Complete Poems and Plays 1909-1950*, N.Y./Londres, Harcourt Brace & Co., 1980 [reimpresión], págs. 208 y 209.

finalidad de complementar su informe (párr. 79).

38. En otra ocasión, en su sentencia de 19.12.2005 en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, la CIJ, después de un detenido análisis de los antecedentes de hecho de la causa y de la prueba producida ante ella, consideró que

“tiene suficientes pruebas fidedignas para concluir que las tropas de las Fuerzas de Defensa Popular de Uganda (UPDF) cometieron actos de matanza, tortura y otras formas de trato inhumano de la población civil, destruyeron aldeas y edificios civiles, no distinguieron entre objetivos civiles y militares y no protegieron a la población civil en la lucha con otros combatientes, incitaron conflictos étnicos y no tomaron medidas para poner fin a tales conflictos, estuvieron involucradas en el adiestramiento de niños soldados, y no tomaron medidas para asegurar el respeto de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en los territorios ocupados” (párr. 211).

En la misma sentencia dictada en 2005 en la causa en que se enfrentaban la República Democrática del Congo y Uganda, la Corte añadió que “las acciones de las diversas partes del complejo conflicto en la República Democrática del Congo han contribuido al inmenso sufrimiento a que se enfrentó la población congoleña. La Corte tiene dolorosa conciencia de que se han cometido muchas atrocidades en el curso del conflicto” (párr. 221).

39. En otra ocasión más, en la providencia que dictó el 10.07.2002 en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda: 2002, República Democrática del Congo c. Rwanda)*, la CIJ, teniendo en cuenta el contexto fáctico, se declaró “profundamente preocupada por la deplorable tragedia humana, pérdida de vidas, y enorme sufrimiento en el este de la República Democrática del Congo como resultado de los continuos combates en dicho lugar” (párr. 54). Análogamente, en su providencia de 02.06.1999 sobre Medidas provisionales en las causas relativas a la *Legalidad del uso de la fuerza*, la CIJ observó que estaba

“profundamente preocupada por la tragedia humana, la pérdida de vidas y el enorme sufrimiento en Kosovo que constituye el trasfondo de la presente controversia, así como por la continuación de la pérdida de vidas y el sufrimiento humano en todas las partes de Yugoslavia”³⁸.

En todas las ocasiones mencionadas, como cabía esperar, la CIJ no vaciló en examinar los *antecedentes de hecho* de las causas y asuntos llevados a su conocimiento, antes de pronunciarse sobre ellos.

40. Así pues, me parece bastante extraño que, en la presente Opinión consultiva sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia relativa a Kosovo*, la CIJ, después de haber dedicado – como ya se señaló – tanta atención a los puntos habitualmente planteados ante ella, en su práctica, relativos a la llamada “discrecionalidad” judicial – como si aparentemente estuviera tratando de justificar la emisión de la presente Opinión consultiva, – haya prestado apenas una breve y somera atención a los antecedentes de hecho de la cuestión que le planteó la Asamblea General a los efectos de la presente Opinión consultiva. Sin embargo, es precisamente la *catástrofe*

³⁸ CIJ, causa relativa a la *Legalidad del uso de la fuerza (Yugoslavia c. Bélgica)*, *Solicitud de indicación de medidas provisionales*, *ICJ Reports (1999)* pág. 131, párr. 16, y los correspondientes *obiter dicta* en las otras causas relativas a la *Legalidad del uso de la fuerza* (1999).

humanitaria en Kosovo lo que llevó a la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, y los acontecimientos subsiguientes, que culminaron con la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 por las autoridades de Kosovo.

41. Así pues, considero que la *catástrofe humanitaria* de Kosovo merece una detenida atención por parte de la Corte, a los efectos de la presente Opinión consultiva. En mi opinión, la Corte debería haber prestado una explícita atención a los antecedentes de hecho y al contexto general de la solicitud de que emitiera una opinión consultiva. Después de todo, la *grave crisis humanitaria* en Kosovo siguió siendo, a lo largo del decenio 1989-1999, no sólo una continua amenaza a la paz y la seguridad internacionales – hasta la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, que estableció la administración internacional del territorio por las Naciones Unidas – pero también una tragedia humana marcada por un saldo masivo de muertes, heridas graves de todo tipo y terrible sufrimiento de la población. En mi opinión, la Corte no debería haberse autolimitado, como lo hizo en la presente Opinión consultiva, a seleccionar sólo los escasos hechos registrados e instantáneos de las circunstancias que rodearon a la declaración de independencia por las autoridades de Kosovo el 17.02.2008 y poco tiempo después, haciendo abstracción de los antecedentes de hecho que llevaron a la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y, un decenio después, a la proclamación de dicha declaración de independencia.

42. En efecto, esos antecedentes de hecho fueron en gran medida eludidos por la CIJ. En la presente Opinión consultiva, la Corte pareció contentarse con concentrarse en los acontecimientos de 2008-2009³⁹, y, en lo tocante a la *grave crisis humanitaria* que los precedió y los explicó, sólo se refirió breve y elípticamente a esa crisis en Kosovo, y al “fin [...] a la violencia y a la represión”⁴⁰ en Kosovo, sin más referencias concretas a los hechos que constituyeron esa prolongada crisis humanitaria. La Corte actuó así, a pesar de que esos antecedentes de hecho fueron señalados a su atención, detalladamente, por varios participantes (véase *infra*), en el curso del presente procedimiento consultivo, durante las fases escrita y oral.

43. Además, en mi opinión, ni la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, ni la declaración de independencia de Kosovo de 17.02.2008, pueden considerarse adecuadamente haciendo abstracción de sus antecedentes de hecho y contexto. En lo tocante a sus antecedentes de hecho, puede recordarse que, antes de la irrupción y el agravamiento de la crisis de Kosovo (a fines del decenio de 1980 y comienzos del decenio de 1990), la estructura constitucional de la República Federativa Socialista de Yugoslavia comprendía seis Repúblicas (las Repúblicas Socialistas de Bosnia y Herzegovina, Croacia, Eslovenia, Macedonia, Montenegro y Serbia) y dos Provincias Autónomas (Kosovo y Vojvodina, dentro de la República Socialista de Serbia). En la Constitución de 1974 de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, la Provincia Socialista Autónoma de Kosovo tenía un “muy alto grado de autonomía”; de hecho, los “amplios poderes” otorgados por la Constitución de 1974 de la República Federativa Socialista de Yugoslavia determinaban una “igualdad *de facto*” entre las mencionadas Repúblicas y Provincias Autónomas⁴¹.

44. En 1989, como resultado de los cambios introducidos en la Constitución de la República de Serbia, se revocó el estatuto de Provincia Autónoma de Kosovo, cosa que

³⁹ Secciones III y IV de la presente Opinión consultiva.

⁴⁰ Véase el párrafo 58 de la presente Opinión consultiva.

⁴¹ Véase, entre otros, R. Muharremi, “Kosovo’s Declaration of Independence: Self-Determination and Sovereignty Revisited”, *Review of Central and East European Law*, vol. 33 (2008), págs. 406 y 407.

determinó un alto grado de tensión y una rápida reacción de Kosovo⁴², procurando la independencia. Estalló la crisis humanitaria, y el período posterior a 1990 estuvo marcado por sistemáticas medidas discriminatorias y sucesivas y graves violaciones de derechos humanos, perpetradas en los primeros años por Las autoridades serbias contra un gran segmento de la población albanesa de Kosovo. A finales del decenio de 1990 la crisis se agravó, con la abominable práctica de la depuración étnica⁴³ y graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

45. En el curso del presente procedimiento consultivo (fases escrita y oral) ante esta Corte, varios participantes se preocuparon por caracterizar a la situación de Kosovo como *sui generis*, o en otras formas. En las raíces de esa preocupación está la preocupación subyacente por la creación de un precedente, cualquiera fuese su resultado. Dificilmente se puede dejar de reconocer que cada caso es un caso, envuelto como está en su propia historia. Algunos casos pueden compartir los mismos rasgos históricos (como los casos de descolonización entre finales del decenio de 1960 y comienzos del decenio de 1980), conformando de tal modo una pauta determinada en el desarrollo histórico del *derecho de las Naciones Unidas*. Otros tal vez parezcan más bien singulares, también en el marco del *derecho de las Naciones Unidas*.

46. Así pues, se debe tener cuidadosamente presente la historia de cada caso. Y cada caso tiene una dinámica propia. Consiguientemente, en mi opinión, la declaración de independencia de Kosovo de 2008 no puede examinarse en abstracto, o aisladamente, sino en relación con sus *antecedentes de hecho* y su contexto histórico, que lo explican. En la misma línea, la declaración de independencia de 2008 debería considerarse en su conjunto. La crisis humanitaria de Kosovo a lo largo del decenio 1989-1999 apareció en relación con el proceso histórico de la ruptura de la ex Yugoslavia. Sus *hechos sociales* resistieron sucesivos intentos de solución pacífica, no respetaron marcos temporales⁴⁴, ni estuvieron limitados por plazos. La historia de cada caso no se limita a los sucesivos intentos de solucionarlo pacíficamente: también comprende sus *causas* y *epifenómenos*, que también deben tenerse cuidadosamente en cuenta.

47. En segundo lugar, la grave crisis humanitaria, tal como se desarrolló en Kosovo a lo largo del decenio de 1990, estuvo marcada por una prolongada pauta de sucesivos crímenes contra civiles, por graves violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, y por el surgimiento de uno de los más horribles crímenes de nuestro tiempo, el de la *depuración étnica*. Esta expresión entró en el vocabulario del derecho internacional contemporáneo por conducto de la rápida reacción de la ex Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que, a partir de agosto de 1992, comenzó a utilizarla específicamente en relación con los trágicos conflictos que comenzaron a asolar a la ex Yugoslavia. Desde finales de 1992 en adelante, la expresión “depuración étnica” había de aparecer sistemáticamente en otros documentos de las Naciones Unidas, inclusive resoluciones de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad.

48. Recuerdo bien las rápidas repercusiones que tuvieron las noticias de esos crímenes, a unos doscientos kilómetros de distancia, en Viena, durante la Segunda Conferencia

⁴² Al declararse, por su Asamblea, en julio de 1990, una República independiente dentro Yugoslavia.

⁴³ Véase M. Grmek, M. Gjidara y N. Simac (eds.), *Le nettoyage ethnique (Documents historiques sur une idéologie serbe)*, París, Fayard/Éd. Seuil, 2002, págs. 43 a 353.

⁴⁴ A diferencia de lo que la Comisión Badinter había deseado hacernos creer (habiendo intentado en vano hacerlo). Véase, sobre este punto en particular, P. Radan, *The Break-up of Yugoslavia and International Law*, Londres/N.Y., Routledge, 2002, págs. 247 a 253.

Mundial sobre Derechos Humanos, donde yo estaba trabajando (en junio de 1993), en su Comité de Redacción. La decisión que había tomado la Conferencia Mundial de no considerar individualmente a ninguna situación, fue rápidamente abandonada, y revertida, habida cuenta de las horribles noticias que estaban llegando de la ex Yugoslavia: surgió una sensación general de que una Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos que hiciera abstracción de esa situación general simplemente perdería su razón de ser. Ello explica que – además de la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y el Informe Final de la Conferencia, – se aprobaran dos resoluciones, sobre Bosnia y Herzegovina y sobre Angola, respectivamente, ambas asoladas entonces por conflictos armados.

49. En tercer lugar, otro elemento característico de la crisis humanitaria de Kosovo fue la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aprobada el 10 de junio de 1999, de colocar a Kosovo bajo una administración internacional de transición de las Naciones Unidas –al paso que se reconocía la integridad territorial de Serbia – a la espera de una determinación definitiva de su estatuto futuro. A partir de entonces, Kosovo fue retirado de la “jurisdicción interna” de Serbia, al haber pasado a ser un asunto de legítima incumbencia internacional. El *derecho de las Naciones Unidas* pasó a ser aplicable a su estatuto, a los efectos de su administración internacional. El carácter singular de la situación de Kosovo fue señalado también por el Enviado Especial del Secretario General de las Naciones Unidas (Sr. M. Ahtisaari, designado el 14.11.2005), en su *Informe sobre el estatuto futuro de Kosovo*: “Kosovo es un caso especial que requiere una solución especial. No crea un precedente para otros conflictos sin resolver” (párr. 15)⁴⁵.

50. Examinando retrospectivamente las *causas* y los *epifenómenos* de la crisis humanitaria de Kosovo (a los que la presente Opinión consultiva de la Corte se refiere apenas brevemente, evitando al mismo tiempo cualquier clase de examen de los hechos pertinentes que llevaron a ella), la privación de la autonomía de Kosovo (anteriormente garantizada por la Constitución de 1974) en 1989, abrió el camino para el ciclo de discriminación sistemática, violencia de máxima intensidad y atrocidades que victimizaron a grandes sectores de la población de Kosovo, a lo largo de un decenio (1989-1999), llevando a la aprobación de una serie de resoluciones de los principales órganos políticos de las Naciones Unidas, que culminaron con la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad.

51. Para el examen de una crisis humanitaria como la de Kosovo, los intentos de solucionarlo amistosamente son indudablemente pertinentes⁴⁶, pero, a fin de salir de la

⁴⁵ Análogamente, el Consejo de la Unión Europea reiteró, el 18.02.2008, su opinión de que la situación de Kosovo constituía un caso *sui generis*. Durante esos años, el cuadro general de toda la región cambió notablemente.

⁴⁶ Los esfuerzos y las iniciativas que se llevaron a cabo, en distintas etapas de la crisis de Kosovo, a fin de lograr una solución pacífica, deben, desde luego, ser tenidos en cuenta por la CIJ, junto con las causas del conflicto. Cabe recordar, a este respecto, en lo tocante a los intentos de solución pacífica, entre otros, las negociaciones entabladas por el Grupo de Contacto (1998-1999), los Acuerdos resultantes de la Conferencia de Rambouillet (1999), la propia resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, el Marco Constitucional para el establecimiento de un gobierno autónomo provisional de Kosovo (promulgado por el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas en mayo de 2001 y terminado de ponerse en práctica a finales de 2003), las conversaciones de la Troika (2007), el Informe del Enviado Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el estatuto futuro de Kosovo (2007). Para estudios recientes sobre los sucesivos intentos de solución pacífica, véase, por ejemplo, H.H. Perritt Jr., *The Road to Independence for Kosovo – A Chronicle of the Ahtisaari Plan*, Cambridge, University Press, 2010, págs. 1 a 278; J. Ker-Lindsay, *Kosovo: The Path to Contested Statehood in the Balkans*, Londres/N.Y., I.B. Tauris, 2009, págs. 1 a 126.

resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad para pasar a considerar la declaración de independencia de Kosovo de 17.02.2008, es necesario tener presentes las *causas* del conflicto precedente, que radican en la planificada y brutal represión de larga data de grandes sectores de la población de Kosovo (*infra*). Así pues, en mi opinión, los esfuerzos en pro de una solución pacífica no pueden abordarse de una manera “técnica” y aislada, separada de las *causas* del conflicto. En consecuencia, es importante, como ya se señaló, tener claramente presente en su totalidad el contexto y los *antecedentes de hecho* de la cuestión planteada a la CIJ por la Asamblea General para la presente Opinión consultiva (véase *infra*).

52. Antes de proceder a un examen de esa serie de resoluciones *en conjunto* (cosa que la CIJ también ha evitado hacer, concentrándose específicamente en la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad), estimo necesario insertar el asunto en el marco más general del *derecho de las Naciones Unidas*. Con tal fin, comenzaré por recordar los antecedentes pertinentes vinculados con el advenimiento de las organizaciones internacionales – que aquí no puede pasar inadvertido – en su creciente atención a las necesidades y aspiraciones del “pueblo” o la “población”.

IV. El advenimiento de las organizaciones internacionales y la creciente atención a las necesidades y aspiraciones del “pueblo” o la “población”

53. El advenimiento de las organizaciones internacionales no sólo anunció la creciente expansión de la personalidad jurídica internacional (que ya no sería monopolio de los Estados), sino que además hizo que la atención se reorientara hacia la importancia de satisfacer las necesidades y aspiraciones del pueblo. En este sentido, las organizaciones internacionales han contribuido a un retorno al derecho de gentes, en el marco de los nuevos tiempos, y a un resurgimiento de su visión humanista, fiel a las enseñanzas de los “padres fundadores” del derecho de gentes (véase *infra*). Esa visión marcó su presencia en los anteriores experimentos del sistema de mandatos, en la Sociedad de las Naciones, y del sistema de administración fiduciaria, en las Naciones Unidas, como lo hace hoy en las iniciativas de administración internacional de territorios de las Naciones Unidas.

1. La Sociedad de las Naciones: el sistema de mandatos

54. El sistema de mandatos surgió de la conciencia humana, como reacción contra los abusos del pasado, y para ponerles fin: la anexión de colonias, la política de adquisición de territorios (como emanación y afirmación de la soberanía del Estado) practicada por las grandes potencias de la época, la adquisición y explotación de recursos naturales. Todas esas prácticas abusivas solían ocurrir con flagrante y grosero menosprecio por las ya adversas condiciones de vida, y por la indefensión, de los pueblos nativos. La reacción contra esos abusos encontró expresión en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, que reorientó la atención hacia los pueblos que debían ser asistidos y protegidos.

55. El artículo 22, párrafos 1) y 2), del Pacto dejó en claro que, con arreglo al sistema de mandatos que se estaba estableciendo, a las potencias mandatarias se les encomendaba “el bienestar y el desarrollo”, así como “la tutela”, de los pueblos colocados bajo dicho régimen. La soberanía del Estado era ajena al sistema de mandatos: no tenía incidencia ni aplicación en su ámbito. La soberanía del Estado estaba claramente dissociada de los deberes y responsabilidades de los mandatarios para con los pueblos bajo mandato, como una “misión sagrada de civilización”, de promover el bienestar y el desarrollo de dichos

pueblos.

56. De tal modo se creó una nueva relación en derecho internacional, reemplazando, en el marco del sistema de mandatos, la vieja y tradicional concepción de la soberanía del Estado por la gobernanza de los pueblos, procurando realizar sus propios intereses y capacitándolos hacia el logro de la autonomía y el autogobierno. En las meditaciones escritas en 1930 por Norman Bentwich (entonces Fiscal General de Palestina, uno de los territorios bajo mandato),

“El mandatario es un protector con conciencia y – lo que es más – con un guardián de su conciencia, obligado a ejercer el gobierno según principios definidos, contener a los fuertes y proteger a los débiles, no obtener beneficios y no garantizar ningún privilegio⁴⁷.”

57. Al asegurar el bienestar y el desarrollo de los pueblos de que se trataba, las potencias mandatarias estaban obligadas a garantizar su libertad de conciencia y el libre ejercicio de todas las religiones y formas de culto. La doble naturaleza de las potencias mandatarias se tornó evidente, al emanar del propio artículo 22 del Pacto: en primer lugar, y ante todo, tenían deberes frente a los pueblos bajo tutela (una relación personal); y, en segundo lugar, tenían deberes para con la sociedad internacional (de la época) en general, ante la Sociedad de las Naciones como supervisora del sistema de mandatos⁴⁸ y, en definitiva, ante la humanidad en su conjunto.

58. Sin embargo, como todos los instrumentos, mecanismos e instituciones jurídicos, el sistema de mandatos fue un producto de su tiempo. Todos vivimos *dentro* del tiempo. Quedó en claro que sería necesario, de allí en adelante, además, evitar los estigmas del pasado, – fuente de muchos debates en esos días y más adelante – tales como el uso de algunos términos (como “tutela”, o incluso “guarda”), y el intento de clasificación de grados de civilización (como en la lista de mandatos A, B y C). En el siguiente experimento de las organizaciones internacionales, ya en la era de las Naciones Unidas – el del sistema de administración fiduciaria, – la atención pasó a centrarse en la libre determinación de los pueblos.

2. Las Naciones Unidas: el sistema de administración fiduciaria

59. En el sistema internacional de administración fiduciaria de las Naciones Unidas, en los Capítulos XII y XIII de la Carta, la atención estuvo centrada en los *pueblos* de que se trataba. Además, existía el Capítulo XI, relativo a los territorios no autónomos: en dicho Capítulo, el Artículo 73 reiteró la noción de “encargo sagrado”, en la protección de los pueblos de que se trataba “contra todo abuso”, y en el desarrollo progresivo de su “gobierno propio” teniendo en cuenta sus “aspiraciones”. En lo tocante al sistema de administración fiduciaria mismo (Capítulo XII), el Artículo 76 enumeraba los siguientes objetivos básicos:

- “a) fomentar la paz y la seguridad internacionales;
- b) promover el adelanto político, económico, social y educativo de los habitantes de los territorios fideicometidos y su desarrollo progresivo hacia el gobierno propio o la independencia, teniéndose en cuenta las circunstancias particulares de cada territorio y de sus pueblos y los deseos

⁴⁷ N. Bentwich, *The Mandates System*, Londres, Longmans, 1930, pág. 5.

⁴⁸ Véase *ibid.*, págs. 7 a 9 y 16 a 20.

libremente expresados de los pueblos interesados, y según se dispusiere en cada acuerdo sobre administración fiduciaria;

- c) promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, así como el reconocimiento de la interdependencia de los pueblos del mundo; y
- d) asegurar tratamiento igual para todos los Miembros de las Naciones Unidas y sus nacionales en materias de carácter social, económico y comercial, así como tratamiento igual para dichos nacionales en la administración de la justicia (...)

60. Se desprende de esos objetivos, de la letra y el espíritu de su formulación en el Artículo 76 de la Carta de las Naciones Unidas, que el sistema de administración fiduciaria de las Naciones Unidas fue ideado y puesto en práctica, en consonancia con el pensamiento jusnaturalista, con el fin de asegurar el bienestar de los habitantes de los territorios fideicometidos, y de avanzar hacia su gobierno propio o su independencia⁴⁹. Al promover el desarrollo social de los habitantes de los territorios fideicometidos, el sistema de administración fiduciaria estimuló la toma de conciencia acerca de sus derechos; además, tuvo presentes los intereses comunes – de las generaciones presentes y futuras – de las poblaciones de dichos territorios⁵⁰. Además, se propuso habilitar a sus poblaciones para que obtuviesen la capacidad de hacerse independientes, en cumplimiento de sus propias aspiraciones, de manera de asegurar la igualdad de tratamiento para todos⁵¹.

61. Este enfoque se ha proyectado en los experimentos contemporáneos de administración internacional de territorios por las Naciones Unidas. El legado humanista de los anteriores experimentos de las organizaciones internacionales a las actuales iniciativas de administración internacional de territorios por las Naciones Unidas (véase *infra*) no puede pasar inadvertido aquí. Los anteriores experimentos de la Sociedad de las Naciones (el sistema de mandatos) y de las Naciones Unidas (el sistema de administración fiduciaria, además del régimen de los territorios no autónomos), fueron ideados, y puestos en funcionamiento, a medida que la conciencia humana iba despertando a la necesidad de hacerlo, para poner fin a los abusos contra los seres humanos y evitar que se reiteraran los abusos del pasado.

3. La administración internacional de territorios

62. La administración territorial ejercida por las organizaciones internacionales (en lugar de por Estados extranjeros) también tiene antecedentes históricos: por ejemplo, en la era de la Sociedad de las Naciones, los casos de la Ciudad Libre de Danzig (1920-1939), y el Sarre (cuenca alemana del Sarre, 1920-1935), seguidos, en la era de las Naciones Unidas, por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia (establecido en 1967), y las funciones administrativas desempeñadas por las Naciones Unidas en Camboya (1991-1992). Tres decenios después de la creación del Consejo de las Naciones Unidas para Namibia, los experimentos contemporáneos de administración internacional de territorios por las

⁴⁹ Véase, en este sentido, por ejemplo, C.E. Toussaint, *The Trusteeship System of the United Nations*, Londres, Stevens, 1956, págs. 5, 21, 29, 248, 251 y 253.

⁵⁰ Véase, en este sentido, C.V. Lakshmi-Narayan, *Analysis of the Principles and System of International Trusteeship in the Charter* (tesis), Ginebra, Universidad de Ginebra/IUHEI, 1951, págs. 131, 133, 139 y 140, 145 y 153.

⁵¹ Véase, en este sentido, Jean Beauté, *Le droit de pétition dans les territoires sous tutelle*, París, LGDJ, 1962, págs. 14 y 15, y véase págs. 12 y 13.

Naciones Unidas comenzaron también a aplicar un enfoque centrado en el pueblo, de manera bastante proactiva, para poner fin a los abusos y corregir errores que afectaban a la población⁵².

63. Los casos de Kosovo y Timor Oriental son ilustraciones pertinentes: los papeles de la UNMIK y la UNTAET han sido singulares, por haberse referido a las secuelas de conflictos *intraestatales*, y no interestatales⁵³. Como se sabe, a partir del decenio de 1990, las operaciones de paz de las Naciones Unidas comenzaron a intervenir en la reconstrucción posterior a los conflictos⁵⁴ y la construcción pacífica de Estados, desde una perspectiva centrada en el pueblo, atenta a la creación y la preservación de la participación pública. Esto se aplica aún más intensamente en los casos (como el de Kosovo) en los que la población estuvo sometida a sucesivas brutalidades, durante un período prolongado, por parte de las anteriores autoridades “soberanas”.

64. La prolongada opresión pone de relieve la apremiante necesidad de salvaguardar los derechos de los habitantes, y esto nuevamente trae a un primer plano la noción de *administración fiduciaria*, esta vez en relación con los experimentos contemporáneos de administración internacional de territorios⁵⁵. En la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas de septiembre de 2005, el ex Consejo de Administración Fiduciaria de las Naciones Unidas llegó efectivamente al final de sus días, al quedar reemplazado por la Comisión de Consolidación de la Paz de las Naciones Unidas, pero la idea básica de *administración fiduciaria* parece haber sobrevivido en el nuevo contexto⁵⁶. Así pues, no es sorprendente encontrar que, a partir de un contexto de violencia de máxima intensidad como el de Kosovo en el decenio de 1989-1999, haya surgido la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, seguida de los objetivos de autogobierno e independencia supervisada por las Naciones Unidas procurados por la población victimizada.

4. La recurrente preocupación por el “pueblo” o la “población”

65. No es sorprendente que, en el tiempo de los experimentos de territorios bajo mandato o en el de los territorios fideicomitidos, se haya prestado considerable atención al “territorio”. Sin embargo, el considerable desarrollo del derecho internacional en nuestros tiempos, nos ayuda, en el actual repensamiento de esas instituciones jurídicas, a identificar un elemento, que, en mi opinión, es de la mayor transcendencia en dichas instituciones jurídicas: el de la atención a las *condiciones de vida del “pueblo” o la “población”*. El

⁵² R. Wilde, “From Danzig to Timor Oriental and Beyond: The Role of International Territorial Administration”, *American Journal of International Law*, vol. 95 (2001) págs. 586, 592 y 593, 599 y 600 y 605.

⁵³ M. Bothe y T. Maruhn, “U.N. Administration of Kosovo and East Timor: Concept, Legality and Limitations of Security Council-Mandated Trusteeship Administration”, en *Kosovo and the International Community – A Legal Assessment* (ed. C. Tomuschat), La Haya, Kluwer, 2002, págs. 223, 233, 236 y 239, y véase pág. 242.

⁵⁴ Véase B. Boutros-Ghali, *An Agenda for Peace (With the New Supplement)*, 2ª ed., Nueva York, Naciones Unidas, 1995, págs. 61 a 64.

⁵⁵ T.B. Knudsen, “From UNMIK to Self-Determination? The Puzzle of Kosovo’s Future Status”, en *Kosovo between War and Peace – Nationalism, Peacebuilding and International Trusteeship* (eds. T.B. Knudsen y C.B. Laustsen), Londres, Routledge, 2006, págs. 158 y 159 y 163 a 165, y véase pág. 156; y véase T.B. Knudsen y C.B. Laustsen, “The Politics of International Trusteeship”, en *ibid.*, págs. 10 y 16.

⁵⁶ Véase, en este sentido, R. Wilde, *International Territorial Administration – How Trusteeship and the Civilizing Mission Never Went Away*, Oxford, University Press, 2008, págs. 321 a 323, 325, 344 a 346, 349, 379 y 380, 382, 384, 386, 399, 415 y 416, 444 y 459; y véase también G. Serra, “The International Civil Administration in Kosovo: A Commentary on Some Major Legal Issues”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 18 (2008) pág. 63.

pueblo y el territorio – considerados como dos de los elementos constitutivos de la calidad de Estado (sumados al del sistema normativo) – van juntos; sin embargo, cuando se colocan en una balanza, parafraseando a un magistrado de la Corte de la Haya del pasado, “incumbe al pueblo determinar el destino del territorio, y no al territorio determinar el destino del pueblo”⁵⁷.

66. Esto nos lleva a considerar un aspecto clave que fue objeto de un insuficiente análisis separado en el pasado, a pesar de su gran importancia, y que, en mi opinión, sigue teniendo considerable importancia en el presente, a saber, las mencionadas *condiciones de vida de la población*. Pueblo y territorio van juntos, pero el *hincapié* pasa del estatuto del territorio a las necesidades y aspiraciones del pueblo. Es este elemento el que, en mi percepción, brinda el denominador común, en una dimensión intertemporal, de los experimentos de los mandatos, los territorios fideicometidos y la contemporánea administración internacional de territorios. Esas instituciones jurídicas – cada una de ellas producto de su tiempo – fueron concebidas y establecidas, en definitiva, para tener en cuenta las necesidades (incluso de protección) y las aspiraciones de los *pueblos*, de los seres humanos, y para dar respuesta a dichas necesidades y aspiraciones.

V. Consideraciones básicas de humanidad en el tratamiento de los pueblos con arreglo al derecho de gentes

67. Así pues, a lo largo de los últimos decenios se han hecho intentos por caracterizar el papel de las organizaciones internacionales en los mencionados experimentos enfocados hacia el tratamiento del “pueblo” o la “población” (los sistemas de mandatos y administración fiduciaria, y la administración internacional de territorios). Si se puede detectar un denominador común de tal caracterización en relación con los distintos experimentos, radica en las consideraciones básicas de humanidad que los permean a todos ellos. Esas consideraciones van mucho más allá de la clásica concentración en las analogías de derecho privado.

1. Analogías de derecho privado

68. Al apreciar la creciente experiencia de las organizaciones internacionales con los experimentos del tipo del sistema de mandatos (en la era de la Sociedad de las Naciones) y el sistema de administración fiduciaria (en la era de las Naciones Unidas), seguida por la experiencia contemporánea de administración internacional de territorios, ha habido un esfuerzo, por parte de la doctrina especializada, de situarlas en el universo conceptual del derecho e identificar allí sus orígenes. Con tal fin, hubo una tendencia, especialmente en estudios hechos por autores formados en el *common law*, de recurrir a analogías de derecho privado, en particular con respecto a los sistemas de mandatos y de administración fiduciaria.

69. Cuando examinaban esos sistemas, la mayoría de los juristas parecían contentarse con identificar esas analogías de derecho privado, sin sentir la necesidad de profundizar en la doctrina jurídica *internacional* de un pasado más distante⁵⁸. Así pues, “mandato” se

⁵⁷ CIJ, opinión consultiva sobre el *Sáhara Occidental*, ICJ Reports (1975), opinión separada del magistrado Dillard, pág. 122.

⁵⁸ Para una notable excepción, que se retrotrae al pensamiento de los teólogos españoles del siglo XVI (F. de Vitoria y B. de Las Casas), véase R.N. Chowdhuri, *International Mandates and Trusteeship Systems – A Comparative Study*, La Haya, Nijhoff, 1955, págs. 13, 16 a 18 y 20 a 22.

identificó como derivado del *mandatum*, un contrato consensual de derecho romano; su beneficiario era un tercero. Las palabras inglesas “*trust*” y “*tutelage*” tenían raíces en la *tutela* de derecho romano, instituto de protección de los menores; ello revelaba una gran uniformidad en los sistemas jurídicos, como surge de la palabra inglesa *trust*, en cierta medida descendiente de los *fideicomissa* de derecho romano (en las relaciones “fiduciarias”). En todo caso, por esos medios se creaba una nueva relación, en los sistemas de mandatos y de administración fiduciaria, sobre la base de la confianza (el “encargo sagrado”, *infra*) y, en definitiva, de la conciencia humana.

70. Lo que en definitiva comenzó a importar fue el bienestar y el desarrollo humano de la *población*, de los habitantes de los territorios bajo mandato y territorios fideicometidos. En la infancia de esos experimentos dentro de las organizaciones internacionales, fue claramente señalado por Quincy Wright, por ejemplo, que los mandatos – en el sistema de mandatos de la Sociedad de las Naciones – tenían la finalidad de eludir la noción de soberanía territorial absoluta, que había pasado a ser “inadecuada” para la sociedad internacional de la época, y asimismo tenían la finalidad de dar “protección jurídica” a necesidades recientemente surgidas, a saber, las de “los pueblos bajo mandato”, por aplicación de las mencionadas analogías de derecho privado (*supra*); el mandatario, tutor o fideicomisario tenía “deberes y no derechos”⁵⁹.

2. La posición central de los pueblos en los orígenes del derecho de gentes (*Law of Nations*)

71. Sin embargo, por más esclarecedor que sea un análisis de ese tipo (nadie lo negaría), quedaría incompleto si no estuviera acompañado por un examen de las enseñanzas de los llamados “padres fundadores” del derecho de gentes (*Law of Nations*). Éste es notable por su perspectiva esencialmente humanista – que es la que siempre he aceptado. La conciencia humana se despertó tempranamente, y reaccionó ante las noticias de las atrocidades perpetradas a nivel internacional, en la época de formación del *jus gentium* (ya separado de sus orígenes en derecho romano), el derecho de gentes (*Law of Nations*). La atención se reorientó hacia las víctimas, el pueblo victimizado por la violencia y la crueldad de los dueños del poder de la época. Los pueblos asumieron una posición central en los primeros días del surgimiento del derecho de gentes.

72. Así pues, ya a mediados del siglo XVI, en su memorable relato de la cruel destrucción de las *Indias* (1552), Bartolomé de las Casas, invocando la *recta ratio* y el derecho natural, denunció audazmente las masacres y la destrucción de las aldeas, de los habitantes de las *Indias*, perpetrados con impunidad por los colonizadores⁶⁰. A pesar de que las víctimas eran totalmente inocentes⁶¹, ni siquiera las mujeres y los niños y las personas de edad fueron salvados de la crueldad y la violencia de quienes querían dominarlas, finalmente matándolos a todos; en algunas regiones toda la población fue exterminada⁶². La violencia se caracterizó por su inhumanidad y suma crueldad; a pesar de ello, la injusticia

⁵⁹ Quincy Wright, *Mandates under the League of Nations*, Chicago, University of Chicago Press, 1930, págs. 389 y 390, y véanse págs. 375 a 378, 382 a 386 y 387.

⁶⁰ Fray Bartolomé de Las Casas, *Brevisima Relación de la Destrucción de las Indias* (1552), Barcelona, Ediciones 29, 2004 [reimpresión], págs. 7, 9, 17, 41, 50 y 72.

⁶¹ *Ibid.*, págs. 7 a 14.

⁶² *Ibid.*, págs. 23, 27 y 45. Según ese relato, algunas de las víctimas fueron quemadas vivas, y los sobrevivientes fueron hechos esclavos; *ibid.*, págs. 31, 45, 73, 87 y 89.

prevaleció⁶³. Pero la reacción del derecho de gentes surgió de ella.

3. La *civitas maxima gentium* en la visión de los “padres fundadores” del derecho de gentes

73. El ideal de la *civitas maxima gentium* había de ser poco después cultivado y propuesto en los escritos de los llamados “padres fundadores” del derecho internacional, a saber, las célebres *Relecciones Teológicas* (1538-1539), sobre todo la *De Indis - Relectio Prior*, de Francisco de Vitoria; el tratado *De Legibus ac Deo Legislatore* (1612), de Francisco Suárez; el *De Jure Belli ac Pacis* (1625), de Hugo Grocio; el *De Jure Belli* (1598), de Alberico Gentili; el *De Jure Naturae et Gentium* (1672), de Samuel Pufendorf, y el *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (1749), de Christian Wolff. En el momento de la elaboración y difusión de las obras clásicas de F. Vitoria y F. Suárez (*supra*), el *jus gentium* ya se había liberado de sus orígenes de derecho privado (de derecho romano) para aplicarse universalmente a todos los seres humanos⁶⁴.

74. Como se ha recordado recientemente, en la concepción de los “padres fundadores” del *jus gentium* inspirada por el principio de humanidad *lato sensu* (que parece algo olvidado en nuestros días), el orden jurídico obliga a todos (a los gobernados tanto como a los gobernantes); el derecho de gentes regula una comunidad internacional que está constituida por seres humanos socialmente organizados en Estados y abarca a toda la humanidad (F. Vitoria); así concebida, es únicamente el derecho lo que regula las relaciones entre miembros de la *societas gentium* universal (A. Gentili). Esta última (*totus orbis*) prevalece sobre la voluntad individual de cada Estado (F. Vitoria). Así pues, existe un derecho de gentes *necesario*, y el derecho de gentes revela la unidad y la universalidad de la humanidad (F. Suárez). La razón de Estado tiene límites, y el Estado no es un fin en sí mismo, sino un medio para asegurar el orden social de conformidad con la recta razón, de modo de perfeccionar a la *societas gentium* que abarca a toda la humanidad (H. Grocio). El legislador está sujeto al derecho natural de la razón humana (S. Pufendorf), y los individuos, en su asociación en el Estado, deben promover conjuntamente el bien común (C. Wolff)⁶⁵.

VI. La contemporaneidad del derecho de gentes: la visión humanista del orden jurídico internacional

75. Desde luego, el mundo ha cambiado totalmente desde la época de esos escritos, pero las aspiraciones humanas han seguido siendo las mismas. El advenimiento, a lo largo del siglo XX, de las organizaciones internacionales (como hemos llegado a conocerlas hoy), ha contribuido en alto grado, en una forma sumamente positiva, a poner fin a los abusos contra los seres humanos, así como a las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Las Naciones Unidas, en nuestra época, ha procurado obtener la prevalencia de los dictados de la conciencia jurídica universal, especialmente cuando se proponen asegurar condiciones de vida dignas para todos los pueblos, en particular los que están sujetos a opresión.

⁶³ *Ibid.*, págs. 89 y 90. Bartolomé de Las Casas afirmó que esas matanzas masivas y esa devastación causaron daño a la propia corona española, a los mismos Reyes de Castilla, y constituyeron una violación de todos los derechos; *ibid.*, págs. 41 y 42.

⁶⁴ A.A. Caçado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2006, págs. 318 y 319.

⁶⁵ Véase *ibid.*, págs. 9 a 14, y véase págs. 172, 393 y 408.

76. Las organizaciones internacionales han contribuido a promover una perspectiva esencialmente humanista de los primeros experimentos de los mandatos y la administración fiduciaria bajo su supervisión, – una perspectiva que está en consonancia con el pensamiento jusnaturalista del *totus orbis*, o la *civitas maxima gentium*. En ese pensamiento, ya sea la vieja *polis*, ya el Estado, o bien cualesquiera otras formas de organización sociopolítica, fueron todas ellas concebidas, y llegaron a existir, para la persona humana, y no viceversa. Las organizaciones internacionales, creadas por los Estados, han adquirido una vida propia, y han sido fieles a la observancia del principio de humanidad *lato sensu*, llevando a dicho principio mucho más allá de la vieja y estricta dimensión interestatal. Los tempranos experimentos de los sistemas de mandatos y de administración fiduciaria brindan una clara prueba histórica en tal sentido.

77. Sin embargo, la doctrina jurídica internacional, obsesionada, a lo largo del siglo XX, con las ideas de la soberanía del Estado y la integridad territorial (que aquí no están en cuestión) con exclusión de otras, se olvidó del más precioso elemento constitutivo de la calidad de Estado: los seres humanos, la “población” o el “pueblo”. El estudio de la calidad de Estado *per se*, centrado en el Estado mismo sin más atención al pueblo, fue llevado a extremos por la profesión jurídica. En sucesivos decenios, la atención se centró, en instituciones de enseñanza (principalmente las facultades de derecho en numerosos países), en la llamada “teoría general del Estado” (*general theory of State/théorie générale de l’État/teoria geral do Estado/Allgemeine Staatslehre/teoria generale dello Stato*), repitiendo mecánicamente y *ad nauseam* algunos conceptos formulados por autores de tiempos pasados que tenían en mente preocupaciones distintas. Esa actitud acrítica llevó a muchos a creer que el Estado era el depositario permanente y definitivo de las aspiraciones humanas y la libertad humana.

1. El temprano reconocimiento judicial de los derechos de los seres humanos y de los pueblos

78. Las consecuencias de esa indiferencia ante el factor humano⁶⁶ fueron devastadoras. A medida que los abusos y atrocidades se volvieron recurrentes, comenzó a hacerse sentir la necesidad de reorientar la atención hacia las condiciones de vida de la población o el pueblo, hacia la satisfacción de sus necesidades y sus aspiraciones. A la conciencia jurídica internacional le llevó mucho tiempo despertarse a ello. Sin embargo, ya en el período interbélico los sistemas de minorías y de mandatos de la Sociedad de las Naciones prestaron atención al tema. La antigua Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) hizo su propia contribución al rescate de la “población” o el “pueblo”. Algunos de sus *obiter dicta* pertinentes no pueden pasar inadvertidos aquí, pues, ocho decenios después, parecen seguir estando dotados de contemporaneidad.

79. Así pues, en su opinión consultiva sobre las *Comunidades grecobúlgaras* (1930), la CPJI aprovechó la ocasión para decir que una comunidad es

“(…) un grupo de personas que viven en un país o una localidad determinados, que tienen una raza, una religión, un idioma y tradiciones propios y están unidas por esa identidad de raza, religión, idioma y tradiciones en un sentimiento de solidaridad, con miras a preservar sus tradiciones, mantener su forma de culto, asegurar la instrucción y la crianza de sus niños de conformidad con el espíritu y las tradiciones de su raza y prestarse asistencia mutua entre sí” (pág. 21).

80. Un lustro después, la CPJI, en su opinión consultiva sobre las *Escuelas de minorías en*

⁶⁶ Parafraseando el título de la penetrante novela de Graham Greene.

Albania (1935), advirtió que “la idea en que se fundan los tratados de protección de minorías” era asegurar que “vivieran pacíficamente” junto a la población. Con tal fin, “se consideraban particularmente necesarias dos cosas”, a saber:

“La primera es asegurar que los nacionales pertenecientes a minorías raciales, religiosas o lingüísticas estén colocados en todos los aspectos en un pie de perfecta igualdad con los demás nacionales del Estado.

La segunda es asegurar a los elementos minoritarios la preservación de sus peculiaridades raciales, sus tradiciones y sus características nacionales.

Esas dos exigencias están de hecho estrechamente vinculadas entre sí, porque no habría una verdadera igualdad entre una mayoría y una minoría si ésta fuera privada de sus propias instituciones, y consiguientemente se viera compelida a renunciar a lo que constituye la esencia de ser una minoría” (pág. 17).

81. El tratado de minorías en cuestión, – añadió la CPJI – tenía la finalidad de “impedir que las diferencias de raza, idioma o religión se convirtieran en fundamentos de inferioridad en derecho o en obstáculos de hecho para el ejercicio de los derechos en cuestión” (pág. 18). La CPJI recordado asimismo que, doce años antes, en su otra opinión consultiva sobre los *Colonos alemanes en Polonia* (1923), había dicho que

“Debe haber igualdad de hecho así como ostensible igualdad jurídica en el sentido de discriminación en las palabras de la ley” (*cit. en* pág. 19).

82. El “principio del idéntico tratamiento de derecho y de hecho” fue reiterado por la CPJI en la mencionada opinión consultiva sobre las *Escuelas de minorías en Albania* (1935), en los términos siguientes:

“La igualdad de derecho impide cualquier tipo de discriminación; mientras que la igualdad de hecho puede entrañar la necesidad de un tratamiento diferente a fin de llegar a un resultado que establezca un equilibrio entre situaciones diferentes.

Es fácil imaginar casos en los que la igualdad de tratamiento de la mayoría y de la minoría, cuya situación y cuyas necesidades son diferentes, tenga como resultado una desigualdad de hecho (...). La igualdad entre los miembros de la mayoría y de la minoría debe ser una igualdad efectiva y auténtica (...)” (pág. 19)⁶⁷.

83. Así pues, es significativo que, incluso mucho antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el principio fundamental de igualdad y no discriminación había obtenido reconocimiento judicial. La Declaración Universal colocó al principio en una dimensión más amplia, al tomar al individuo *qua* individuo, *qua* ser humano, independientemente de si es miembro de una minoría, o habitante de un territorio bajo el sistema de mandatos (o, más tarde, bajo el sistema de administración fiduciaria). Sin embargo, la formulación del principio en relación con esos experimentos pioneros dentro de la Sociedad de las Naciones (los sistemas de minorías y de mandatos, este último seguido por el sistema de administración fiduciaria de las Naciones Unidas), contribuyó a dar una expresión universal a la igualdad y la no discriminación. Sin embargo, el principio

⁶⁷ La CPJI añadió que “la idea incorporada en la expresión ‘derecho igual’ es la de que el derecho así conferido a los miembros de la minoría no puede en ningún caso ser inferior al correspondiente derecho de los demás nacionales albaneses” (pág. 20).

de igualdad y no discriminación ya estaba grabado en la conciencia humana.

84. La Declaración Universal de Derechos Humanos lo proclamó en términos enfáticos. Su preámbulo comienza diciendo que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (primer párrafo). A continuación recordó que “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad” (segundo párrafo). Y además advirtió, siempre en su preámbulo, que es “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión” (tercer párrafo). La Declaración Universal proclamó a continuación, en su artículo 1, que

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

85. Ya en los primeros años de la era de las Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en su opinión consultiva sobre la *Situación jurídica internacional del África Sudoccidental* (1950), consideró adecuado reflexionar que el Artículo 80, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas se propone

“salvaguardar, no sólo los derechos de los Estados, sino también los derechos de los pueblos de los territorios bajo mandato hasta que se concierten los acuerdos sobre administración fiduciaria. El fin tiene que haber sido brindar una protección real para esos derechos; pero ninguno de tales derechos de los pueblos puede ser efectivamente salvaguardado sin supervisión internacional y sin el deber de presentar informes a un órgano de supervisión” (págs. 136 y 137).

Así pues, como lo ha reconocido la CIJ, “la necesidad de supervisión sigue existiendo a pesar de la desaparición del órgano de supervisión existente en el sistema de mandatos” (pág. 136). La “función internacional de administración” (de los territorios bajo mandato) tenía la finalidad de “promover el bienestar y el desarrollo de los habitantes”⁶⁸.

86. La CIJ estimó adecuado recordar que el sistema de mandatos había sido creado

“en interés de los habitantes del territorio, y de la humanidad en general, como una institución internacional con un objeto internacional – una misión sagrada de civilización. Por consiguiente, no es posible sacar conclusión alguna por analogía con las nociones de mandato en el derecho nacional o de ninguna otra concepción jurídica de ese derecho” (pág. 132).

Además, en opinión de la CIJ, los derechos de los Estados y *los pueblos* no caducaron automáticamente por la disolución de la Sociedad de las Naciones; por el contrario, fueron salvaguardados “en todas las circunstancias y en todos los respectos, hasta que cada territorio estuviese colocado bajo el régimen de administración fiduciaria” (pág. 134).

87. La CIJ destacó “la obligación general de promover en todo lo posible el bienestar material y moral y el progreso social de los habitantes”, y que ello suponía “obligaciones particulares” en relación con los abusos del pasado⁶⁹. La CIJ procuró asegurar la

⁶⁸ Siendo ésta la “misión sagrada de civilización” mencionada en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones (pág. 133).

⁶⁹ Tales como “trata de esclavos, trabajo forzoso, tráfico de armas y municiones, bebidas y licores intoxicantes, instrucción y establecimientos militares, así como obligaciones relativas a la libertad de

continuidad de esas obligaciones. Así pues, en la misma opinión consultiva sobre la *Situación jurídica internacional del África Sudoccidental* (1950), recordó que la Asamblea de la Sociedad de las Naciones, en su resolución de 18.04.1946, reconoció que los Capítulos XI, XII y XIII de la Carta de las Naciones Unidas incorporaban principios correspondientes a los declarados en el artículo 22 del Pacto, en una clara indicación de que “las funciones de supervisión ejercidas por la Sociedad serían asumidas por las Naciones Unidas”. La competencia de la Asamblea General de las Naciones Unidas para ejercer tal supervisión derivaba del Artículo 10 de la Carta, que autoriza a la Asamblea a “discutir cualesquier asuntos o cuestiones dentro de los límites de la Carta y hacer recomendaciones sobre tales asuntos o cuestiones a los Miembros de las Naciones Unidas” (pág. 137). La Asamblea General de las Naciones Unidas comenzó, en una etapa temprana de su vida, a ejercer esa competencia, y la CIJ determinó, en esa opinión consultiva de 1950, que la Asamblea General estaba “jurídicamente calificada” para hacerlo (pág. 137).

2. El legado humanista de los experimentos del pasado a la administración internacional de territorios por las Naciones Unidas

88. Cada institución jurídica es producto de su tiempo. Los hechos sociales tienden a venir antes de las normas, y éstas surgen de principios jurídicos, a fin de regular nuevas formas de relaciones interindividuales y sociales. Las instituciones jurídicas constituyen respuestas a necesidades sociales de sus tiempos, incluida la protección. Las instituciones de los mandatos (en la Sociedad de las Naciones), la administración fiduciaria (en las Naciones Unidas hasta 2005) y de la administración internacional de territorios (por las Naciones Unidas, del tipo de las que se desarrollaron en el decenio de 1990), no son una excepción a ello.

89. Aunque las experiencias de los mandatos y el sistema de administración fiduciaria pertenecen al pasado, ahora forman parte de la historia, esto no quiere decir que no se puedan extraer enseñanzas de ellas, para la consideración de nuevas instituciones jurídicas, que operan hoy en día también en respuesta a necesidades sociales, incluida la protección. Esto supone repensar las instituciones jurídicas del pasado, identificar su legado, pertinente para las nuevas necesidades sociales. En mi propia percepción, en al menos uno aspecto en particular, los experimentos de los mandatos y el sistema de administración fiduciaria se adelantaron a su tiempo: el del acceso de los respectivos habitantes (de los territorios bajo mandato y fideicomiso) a la justicia a nivel internacional.

90. A medida que la atención comenzó gradualmente a reorientarse hacia la “población” o el “pueblo” (con el despertar de la conciencia humana en lo tocante a sus necesidades de protección), se idearon y se pusieron en funcionamiento los experimentos pioneros: en la era de la Sociedad de las Naciones, los sistemas de minorías y de mandatos, colocados bajo su supervisión, y, más adelante, en la era de las Naciones Unidas, el sistema de administración fiduciaria. No es posible dudar de que los experimentos de los mandatos (además del sistema de minorías), y de los territorios fideicometidos, tuvieron como fin la satisfacción de las necesidades de los habitantes de los territorios en cuestión, y su empoderamiento, de modo de poner fin a los abusos del pasado. Los habitantes de los territorios bajo mandato y fideicometidos estaban, además, dotados del derecho de petición internacional individual⁷⁰ (a la Comisión Permanente de Mandatos, a los Comités de

conciencia y el libre ejercicio de los cultos”; esas obligaciones representaban “la esencia misma de la misión sagrada de civilización” (pág. 133).

⁷⁰ Igual que los miembros de minorías, en el sistema de minorías de la Sociedad de las Naciones. Los procedimientos variaban de un sistema a otro; sobre el derecho de petición individual internacional en

Minorías y al Consejo de Administración Fiduciaria, respectivamente) – anunciando el advenimiento del acceso de los individuos a instancias internacionales a fin de reivindicar sus propios derechos, emanados directamente del derecho de gentes, del propio *Law of Nations*.

91. Si recorremos la generalidad de la doctrina especializada sobre los mandatos y el sistema de administración fiduciaria, especialmente los autores familiarizados con el funcionamiento de dichos sistemas, detectamos: *a)* analogías de derecho privado de las cuales se extrajo inspiración para el establecimiento de esas instituciones jurídicas; *b)* concepción de mecanismos de supervisión (de territorios y mandatos y en el sistema de administración fiduciaria), también a nivel internacional (recursos ante la ex Comisión Permanente de Mandatos y el ex Consejo de Administración Fiduciaria); *c)* interacciones entre los órdenes jurídicos interno e internacional; *d)* clasificación de unidades (mandatos y territorios fideicometidos); *e)* *modus operandi* de los respectivos sistemas.

92. Para repensar esos experimentos de los mandatos y los territorios fideicometidos no es necesario volver sobre esos aspectos, sobre los que se trabajó demasiado en el pasado; aquí la intención es concentrarse en las enseñanzas que han quedado para el presente y el futuro. Ello implica la consideración de sus causas, de lo que originó esas instituciones, así como de sus *fin*es, de cuáles eran los objetivos que se proponían alcanzar. Gran parte de la energía dedicada a concebirlas – pero no toda ella – estuvo condicionada, tal vez inevitablemente, por las nociones predominantes de sus tiempos. Sin embargo, dejaron una preciosa enseñanza para las generaciones posteriores, que no puede ser pasada por alto hoy.

93. Las instituciones jurídicas de los mandatos, la administración fiduciaria y la administración internacional de territorios surgieron, en sucesión, de la conciencia jurídica, para brindar protección a los “pueblos” o “poblaciones” que tenían – y tienen – necesidad de ella, en la historia moderna y contemporánea. Los respectivos arreglos “territoriales” fueron los medios ideados para lograr ese *fin*, de protección de las “poblaciones” o los “pueblos”. No se trataba de mandatos por los mandatos en sí, ni de administración fiduciaria por la administración fiduciaria en sí, ni se trata de la administración internacional de territorios por la administración en sí.

94. Si pasamos a las *causas*, como debemos hacerlo, identificamos su fin común: salvaguardar a los “pueblos” o las “poblaciones” en cuestión (independientemente de su raza, origen étnico, afiliación religiosa o cualquier otro rasgo) de la explotación, los abusos y la crueldad, y capacitarlos para ser los dueños de su propio destino en una dimensión temporal. En ese dominio de la protección, el derecho es inevitablemente *finalista*. Esos experimentos estuvieron inspirados por el fundamental *principio de humanidad* (véanse párrs. 196 a 211, *infra*), y se proponían salvaguardar la dignidad de la persona humana. El artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, relativo al sistema de mandatos, enunciaba “el principio de que el bienestar y desarrollo” de los “pueblos” en cuestión, bajo

esos experimentos pioneros, véase, por ejemplo, C.A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962, págs. 109 a 138; A.A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century”, *Netherlands International Law Review*, vol. 24 (1977), págs. 373 a 392; A.A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in the Experiment of the United Nations Trusteeship System”, *Revue de Droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 61 (1983), Ginebra, págs. 49 a 66.

“tutela”, constituía “una misión sagrada de civilización”⁷¹. El sistema de mandatos – añadía – debía asegurar la “libertad de conciencia y religión”, y establecer la prohibición de los abusos del pasado⁷².

95. Por su parte, el *Artículo 73* de la Carta de las Naciones Unidas, relativo a los territorios no autónomos, determina que

“Los Miembros de las Naciones Unidas que tengan o asuman la responsabilidad de administrar territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio, reconocen el principio de que los intereses de los habitantes de esos territorios están por encima de todo, aceptan como un encargo sagrado la obligación de promover en todo lo posible, dentro del sistema de paz y seguridad internacionales establecido por esta Carta, el bienestar de los habitantes de esos territorios, y asimismo se obligan:

- a) a asegurar, con el debido respeto a la cultura de los pueblos respectivos, su adelanto político, económico, social y educativo, el justo tratamiento de dichos pueblos y su protección contra todo abuso;
- b) a desarrollar el gobierno propio, a tener debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de los pueblos, y a ayudarlos en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas, de acuerdo con las circunstancias especiales de cada territorio, de sus pueblos y de sus distintos grados de adelanto;
- c) a promover la paz y la seguridad internacionales;
- d) a promover medidas constructivas de desarrollo, estimular la investigación y cooperar unos con otros y, cuando y donde fuere el caso, con organismos internacionales especializados, para conseguir la realización práctica de los propósitos de carácter social, económico y científico expresados en este Artículo; y
- e) a transmitir regularmente al Secretario General, a título informativo y dentro de los límites que la seguridad y consideraciones de orden constitucional requieran, la información estadística y de cualquier otra naturaleza técnica que verse sobre las condiciones económicas, sociales y educativas de los territorios por los cuales son respectivamente responsables, que no sean de los territorios a que se refieren los Capítulos XII y XIII de esta Carta”.

96. Las enseñanzas acumuladas, por los que presenciaron las sucesivas masacres y atrocidades de los cien últimos años, o sobrevivieron a ellas, y por quienes estudian y piensan seriamente acerca de ellas hoy, no puede más que desembocar en este reconocimiento humanista: en las raíces de esas instituciones jurídicas (mandatos, administración fiduciaria, administración internacional de territorios) detectamos la tardía toma de conciencia del *deber de cuidar de la especie humana*. Éste es, después de todo, en mi propia percepción, su más invalorable denominador común.

⁷¹ Añadía – en una categorización que no estuvo exenta de críticas – que “el carácter de el mandato” (es decir, los mandatos A, B o C) “según el grado de desarrollo del pueblo, la situación geográfica del territorio, sus condiciones económicas y cualquiera otra circunstancia análoga”.

⁷² Tales como, por ejemplo, “la trata de esclavos, el tráfico de armas y de alcohol”.

VII. La preocupación de las Naciones Unidas en conjunto por la tragedia humanitaria en Kosovo

97. A la luz de las consideraciones que anteceden, ahora podemos pasar a las expresiones de la Organización de las Naciones Unidas *en su conjunto* acerca de la tragedia humanitaria en Kosovo, que victimizó a su población durante un decenio (1989-1999). No sólo el Consejo de Seguridad, sino también la Asamblea General, el Consejo Económico y Social y el Secretario General expresaron, en sucesivas ocasiones, su grave preocupación por esa crisis humanitaria. Se había convertido, de hecho, en un asunto de legítima preocupación de la comunidad internacional en su conjunto, en el marco de la Carta de las Naciones Unidas, como veremos ahora.

1. Reiteradas expresiones de grave preocupación del Consejo de Seguridad por la tragedia humanitaria en Kosovo

98. Hacia finales del siglo, en el período comprendido entre marzo de 1998 y septiembre de 2001, el Consejo de Seguridad expresó su preocupación por la grave crisis humanitaria en Kosovo. En su *resolución 1160* (de 31.03.1998), el Consejo de Seguridad condenó “el uso de una fuerza excesiva por las fuerzas policiales serbias contra civiles y manifestantes pacíficos en Kosovo” y “todos los actos de terrorismo del Ejército de Liberación de Kosovo”⁷³. Algunos meses después, en la *resolución 1199* (de 23.09.1998), el Consejo de Seguridad expresó su grave preocupación por el “rápido deterioro de la situación humanitaria” en Kosovo⁷⁴ y por las “violaciones cada vez más frecuentes de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional”⁷⁵. En particular, la *resolución 1199* expresó su grave preocupación por

“los intensos combates recientes en Kosovo y, en particular, por el uso excesivo e indiscriminado de la fuerza por las fuerzas de seguridad serbias y por el ejército yugoslavo, lo que ha provocado numerosas bajas entre la población civil y, según la estimación del Secretario General, el desplazamiento de más de 230.000 personas de sus hogares”⁷⁶.

99. En la misma *resolución 1199*, el Consejo de Seguridad expresó su profunda preocupación por la “afluencia de refugiados” y el “creciente número de personas desplazadas”, de los cuales hasta “50.000 carecen de alojamiento y otras necesidades básicas”⁷⁷. A continuación formuló una advertencia acerca de la “inminente catástrofe humanitaria”⁷⁸ en Kosovo, y reafirmó

“el derecho de todos los refugiados y personas desplazadas a regresar a sus hogares en condiciones de seguridad, y (...) la responsabilidad de la República Federativa de Yugoslavia de crear las condiciones que les permitan hacerlo”⁷⁹.

El Consejo de Seguridad entonces exigió, siempre en la *resolución 1199*, el regreso a sus hogares en condiciones de seguridad de los refugiados y personas desplazadas,

⁷³ Tercer párrafo del preámbulo.

⁷⁴ Párrafos décimo y 14° del preámbulo.

⁷⁵ Párrafo 11° del preámbulo.

⁷⁶ Sexto párrafo del preámbulo.

⁷⁷ Séptimo párrafo del preámbulo.

⁷⁸ Décimo párrafo del preámbulo, y párr. 1.

⁷⁹ Octavo párrafo del preámbulo.

y “asistencia humanitaria para ellos”⁸⁰, para mejorar la situación humanitaria y evitar la catástrofe humanitaria inminente”⁸¹; también reconoció la necesidad de llevar “ante la justicia a los miembros de las fuerzas de seguridad que hayan participado en el maltrato de civiles y la destrucción deliberada de bienes”⁸², mediante la plena cooperación con el Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia “en la investigación de posibles violaciones” dentro de su jurisdicción⁸³. En la resolución 1199 también se reafirmó el apoyo a una solución pacífica del problema de Kosovo, que incluiría “un estatuto reforzado para Kosovo, un grado considerablemente mayor de autonomía y una auténtica administración propia”⁸⁴.

100. Un mes después, el Consejo de Seguridad aprobó la *resolución 1203* (de 24.10.1998), en la cual reiteró este último objetivo en los mismos términos⁸⁵, así como su profunda “alarma” y preocupación por la “grave situación humanitaria que [seguía] existiendo en todo Kosovo” y la apremiante necesidad de impedir “la inminente catástrofe humanitaria”⁸⁶, que constituía una “amenaza constante para la paz y la seguridad en la región”⁸⁷. Asimismo, la *resolución 1203* reiteró su exigencia de que las autoridades de la República Federativa de Yugoslavia garantizaran el retorno de todos los refugiados y personas desplazadas a sus hogares con seguridad, en ejercicio de su derecho a la libertad de circulación⁸⁸, – de modo de “prevenir la inminente catástrofe humanitaria”⁸⁹. Por último, la *resolución 1203* pidió “una investigación rápida y completa” de “todas las atrocidades cometidas contra civiles”, en plena cooperación con el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia”⁹⁰.

101. Siete meses después, el Consejo de Seguridad aprobó la *resolución 1239* (de 14.05.1999), en la cual reiteró su “grave preocupación por la catástrofe humanitaria que [tenía] lugar en Kosovo y zonas adyacentes”, habida cuenta de la “enorme cantidad de refugiados de Kosovo” y el “número cada vez mayor de personas desplazadas dentro de Kosovo”⁹¹, y pidió una eficaz coordinación de las actividades “internacionales de socorro humanitario”⁹². Después de reafirmar “el derecho de todos los refugiados y personas desplazadas a regresar a sus hogares de manera digna y en condiciones de seguridad”⁹³, la *resolución 1239* advirtió enérgicamente que “la situación humanitaria seguir[ía] empeorando si no se llega[ba] a una solución política de la crisis”⁹⁴.

102. La siguiente medida adoptada por el Consejo de Seguridad, poco después, fue la aprobación de su significativa *resolución 1244* (de 10.06.1999), comentada *supra/infra*. Posteriormente, el Consejo de Seguridad aprobó la *resolución 1367* (2001), en la cual tomó nota, en relación con Kosovo, de la situación relativa a la seguridad en las fronteras, y destacó “la autoridad que, en virtud de la resolución 1244 (1999)”, seguía ejerciendo el

⁸⁰ Párrs. 5 c) y e), y 12.

⁸¹ Párr. 2.

⁸² Párr. 14.

⁸³ Párr. 13.

⁸⁴ Párrafo 12° del preámbulo.

⁸⁵ Octavo párrafo del preámbulo.

⁸⁶ Párrafo 11° del preámbulo.

⁸⁷ Párrafo 15° del preámbulo.

⁸⁸ Párrs. 12 y 9, y véase párr. 13.

⁸⁹ Párr. 11.

⁹⁰ Párr. 14.

⁹¹ Párrafos tercero y cuarto del preámbulo.

⁹² Quinto párrafo del preámbulo, y párrs. 1 y 2.

⁹³ Párr. 4.

⁹⁴ Párr. 5.

Representante Especial del Secretario General “para limitar y controlar estrictamente la entrada, salida y circulación de armas en Kosovo”⁹⁵.

2. Reiteradas expresiones de grave preocupación de la Asamblea General por la tragedia humanitaria en Kosovo

103. Antes que el Consejo de Seguridad, ya en 1994, la Asamblea General comenzó a expresar su preocupación por la grave crisis humanitaria en Kosovo. En su resolución 49/204 (de 23.12.1994) — la primera de una serie sobre la “Situación de los derechos humanos en Kosovo” — la Asamblea General reconoció el “continuo empeoramiento” de la situación de los derechos humanos en Kosovo, con “diversas medidas discriminatorias adoptadas en las esferas legislativa, administrativa y judicial, los actos de violencia y los arrestos arbitrarios perpetrados contra la población de origen albanés en Kosovo”, que incluían:

- a) Brutalidad policial contra las personas de origen albanés, la muerte de estas personas como resultado de esa violencia, allanamientos, incautaciones y arrestos arbitrarios, desahucios forzosos, torturas y malos tratos de detenidos y discriminación en la administración de justicia;
- b) Destitución discriminatoria y arbitraria de funcionarios públicos de origen albanés, especialmente de la policía y del sistema judicial, despidos en masa de personas de origen albanés, confiscación y expropiación de sus bienes, discriminación contra alumnos y maestros albaneses, cierre de las escuelas secundarias y la universidad de lengua albanesa y clausura de todas las instituciones culturales y científicas albanesas;
- c) Hostigamiento y persecución de los partidos políticos y las asociaciones de la etnia albanesa y sus dirigentes y actividades, a los que maltrata y encarcela;
- d) Intimidación y privación de libertad de periodistas de origen albanés y hostigamiento sistemático e interrupción de medios de difusión de lengua albanesa;
- e) Despido de médicos y otros miembros de la profesión médica de origen albanés de clínicas y hospitales;
- f) Eliminación en la práctica del idioma albanés, especialmente en la administración y los servicios públicos;
- g) Aplicación grave y masiva de prácticas discriminatorias y represivas dirigidas contra los albaneses de Kosovo en general, cuyo resultado es la emigración involuntaria y generalizada”⁹⁶.

104. A continuación, la Asamblea General condenó firmemente, en la misma *resolución 49/204*, esas “medidas y prácticas discriminatorias” y “la represión en gran escala” de la “población de origen albanés indefensa”, y la discriminación en su contra “en las ramas administrativa y judicial del gobierno, la educación, la atención de la salud y el empleo, con el propósito de obligar a las personas de origen albanés a abandonar Kosovo”⁹⁷. Asimismo exigió que las autoridades de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) pusieran “fin inmediatamente” a todas esas violaciones de los derechos

⁹⁵ Cuarto párrafo del preámbulo.

⁹⁶ Cuarto párrafo del preámbulo.

⁹⁷ Párrs. 1 y 2.

humanos (en particular, la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; los allanamientos y detenciones arbitrarios, y la violación del derecho a un juicio imparcial, entre otras)⁹⁸. Asimismo alentó al Secretario General de las Naciones Unidas a que prosiguiera sus “esfuerzos humanitarios” en la región, en colaboración con, entre otros organismos, el ACNUR y el UNICEF, “con miras a adoptar medidas prácticas urgentes para hacer frente a las críticas necesidades del pueblo de Kosovo, especialmente de los grupos más vulnerables afectados por el conflicto, y prest[ara] asistencia para el regreso voluntario de las personas desplazadas de sus hogares”⁹⁹.

105. Un año después, la Asamblea General aprobó la *resolución 50/190* (de 22.12.1995), en la cual, reconociendo los mismos actos de discriminación y violencia¹⁰⁰, reiteró – en un texto más extenso – sus preocupaciones por las violaciones de los derechos humanos en Kosovo¹⁰¹. Exigió “con urgencia” que las autoridades de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro):

- a) Adopt[aran] todas las medidas necesarias para poner fin inmediatamente a las violaciones de los derechos humanos cometidas contra las personas de origen albanés en Kosovo, en particular, las medidas y prácticas discriminatorias, los allanamientos y detenciones arbitrarios, la violación del derecho a un juicio imparcial y la práctica de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y revo[caran] todas las leyes discriminatorias, en particular las que han entrado en vigor desde 1989;
- b) Dej[aran] en libertad a todos los presos políticos y [pusieran] fin a la persecución de dirigentes políticos y miembros de organizaciones locales de derechos humanos
- c) Permit[ieran] el establecimiento de instituciones auténticamente democráticas en Kosovo, incluidos el Parlamento y el sistema judicial, y respet[aran] la voluntad de sus habitantes como la mejor manera de impedir que se agrav[ara] el conflicto existente;
- d) Revo[caran] la política oficial de asentamiento en la medida en que contribu[ía] a exacerbar las tensiones entre grupos étnicos en Kosovo;
- e) Reabr[ieran] las instituciones culturales y científicas de la población de origen albanés;
- f) t[uvieran] el diálogo con los representantes de la población de origen albanés de Kosovo, lo que podría hacerse con los auspicios de la Conferencia Internacional sobre la ex Yugoslavia”¹⁰².

Y, una vez más, la Asamblea General alentó al Secretario General de las Naciones Unidas a que prosiguiera sus “esfuerzos humanitarios” en la región, junto con, entre otros organismos, el ACNUR y el UNICEF, “para hacer frente a las críticas necesidades del pueblo de Kosovo, especialmente de los grupos más vulnerables

⁹⁸ Párr. 3.

⁹⁹ Párr. 5.

¹⁰⁰ Quinto párrafo del preámbulo.

¹⁰¹ Párrafos sexto y octavo del preámbulo, y párrs. 1 y 2.

¹⁰² Párr. 3.

afectados por el conflicto”, y asimismo prestara “asistencia para el regreso voluntario de las personas desplazadas de sus hogares”¹⁰³.

106. La continuación de la “grave situación de los derechos humanos en Kosovo” fue nuevamente objeto de preocupación para la Asamblea General, en su *resolución 51/111* (de 12.12.1996)¹⁰⁴, en la cual la Asamblea condenó “todas las violaciones de derechos humanos en Kosovo, en particular la represión de la población de origen albanés y la discriminación que se ejerce en su contra, así como todos los actos de violencia cometidos en Kosovo”¹⁰⁵. Reiteró sus anteriores exigencias a las autoridades de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro)¹⁰⁶, y una vez más (párrs. 6 y 7) alentó al Secretario General de las Naciones Unidas a que prosiguiera su labor humanitaria con las entidades humanitarias pertinentes (como el ACNUR y el UNICEF)

“para hacer frente a las críticas necesidades del pueblo de Kosovo, especialmente de los grupos más vulnerables afectados por el conflicto, y prestara asistencia para el regreso voluntario de las personas desplazadas de sus hogares en condiciones de seguridad y dignidad”¹⁰⁷.

Además, la *resolución 51/111* pidió la observancia de los “principios de no discriminación, igualdad de protección ante la ley y reducción y prevención de los casos de apatridia”¹⁰⁸.

107. Un año después, la Asamblea General, en su *resolución 52/139* (de 12.12.1997), observó con preocupación “que la policía serbia utilizó la fuerza contra estudiantes albaneses de Kosovo que realizaban una protesta pacífica el 1º de octubre de 1997”¹⁰⁹, y asimismo expresó su “profunda preocupación” acerca de “todas las violaciones de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en Kosovo, en particular la represión de la población de origen albanés y la discriminación de que es objeto y los actos de violencia cometidos en Kosovo”¹¹⁰. Consiguientemente, la Asamblea General pidió a las autoridades de la República Federativa de Yugoslavia que:

- a) Adopt[aran] todas las medidas necesarias para poner fin inmediatamente a las violaciones de los derechos humanos cometidas contra las personas de origen albanés en Kosovo, en particular, las medidas y prácticas discriminatorias, los allanamientos y detenciones arbitrarios, la violación del derecho a un juicio imparcial y la práctica de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y revo[caran] todas las leyes discriminatorias, en particular las que han entrado en vigor desde 1989;
- b) P[usieran] en libertad a todos los presos políticos y p[usieran] fin a la persecución de dirigentes políticos y miembros de organizaciones locales de derechos humanos;
- c) Permit[ieran] que los refugiados albaneses que se enc[ontraban] en Kosovo regres[aran] a sus hogares en condiciones de seguridad y dignidad;

¹⁰³ Párr. 5.

¹⁰⁴ Segundo párrafo del preámbulo.

¹⁰⁵ Párr. 1.

¹⁰⁶ Párr. 2.

¹⁰⁷ Párr. 6.

¹⁰⁸ Párr. 7.

¹⁰⁹ Cuarto párrafo del preámbulo.

¹¹⁰ Párr. 1.

- d) Permit[ieran] el establecimiento de instituciones auténticamente democráticas en Kosovo, incluidos el parlamento y el sistema judicial, y respet[aran] la voluntad de sus habitantes como la mejor manera de impedir que se agrav[ara] el conflicto existente;
- e) Permit[ieran] que se reabr[ieran] las instituciones culturales y científicas de la población de origen albanés”¹¹¹.

Por último, la *resolución 52/139* reiteró las mismas palabras de aliento que había dirigido al Secretario General de las Naciones Unidas¹¹² en anteriores resoluciones de la Asamblea General sobre la situación de los derechos humanos en Kosovo (véase *supra*).

108. El año siguiente, la Asamblea General aprobó una extensa resolución sobre la situación de los derechos humanos en Kosovo: mediante su *resolución 53/164* (de 09.12.1998), la Asamblea General centró la atención en “la dimensión regional del conflicto de Kosovo”, y “las graves violaciones y los atropellos de los derechos humanos y del derecho humanitario que se [seguían] registrando en Kosovo”¹¹³. La Asamblea General expresó su “grave” preocupación por

“el temor que se impone en forma sistemática a la población de origen albanés, entre otras cosas, mediante la tortura, como se ha puesto de manifiesto en numerosas denuncias, así como mediante bombardeos indiscriminados y generalizados, desplazamientos forzosos de poblaciones civiles, ejecuciones sumarias y la detención ilegal de ciudadanos de origen albanés (...) a manos de la policía y el ejército”¹¹⁴.

La Asamblea General expresó asimismo su preocupación por “las denuncias de actos de violencia cometidos por grupos de ciudadanos de origen albanés armados contra no combatientes y por las denuncias de detenciones ilegales de personas, sobre todo de origen serbio, practicadas por esos grupos”¹¹⁵.

109. En su pedido de respeto por los derechos humanos y el derecho internacional humanitario¹¹⁶, la *resolución 53/164* condenó “los actos de violencia cometidos por grupos armados de origen albanés, incluidos los secuestros, en especial contra no combatientes”¹¹⁷. Además, condenó “enérgicamente”

“las numerosísimas violaciones de los derechos humanos cometidas por las autoridades de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) y por la policía y los militares en Kosovo (...) entre las cuales se incluyen las ejecuciones sumarias, los ataques indiscriminados y generalizados contra civiles, la destrucción indiscriminada y generalizada de bienes, el desplazamiento forzoso de poblaciones civiles, la toma de rehenes civiles y las torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (...)”¹¹⁸.

110. Posteriormente, la Asamblea General, mediante su *resolución 53/241* (de

¹¹¹ Párr. 2.

¹¹² Párr. 7.

¹¹³ Párrafos tercero y cuarto del preámbulo.

¹¹⁴ Quinto párrafo del preámbulo.

¹¹⁵ Sexto párrafo del preámbulo.

¹¹⁶ Párr. 6, y véanse también párrs. 14 e), 17, y 18 a) y b).

¹¹⁷ Párr. 9.

¹¹⁸ Párr. 8.

28.07.1999), pasó a centrar la atención en la financiación de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK). La siguiente resolución de la Asamblea General sobre el asunto — *resolución 54/183* (de 17.12.1999) — volvió a centrar la atención en la situación de los derechos humanos en Kosovo. Comenzó recordando los “años de represión, intolerancia y violencia en Kosovo”, y el persistente reto que significaba edificar allí “una sociedad multiétnica sobre la base de una autonomía apreciable”, así como “los problemas que se seguían planteando”, “los derechos humanos y situación humanitaria”, y la “dimensión regional del conflicto de Kosovo”¹¹⁹.

111. A continuación expresó su preocupación por las persistentes y “graves violaciones de los derechos humanos” y del derecho internacional humanitario en Kosovo, que afectaban a la población de origen albanés, y condenó dichas violaciones¹²⁰. Había habido— añadía la *resolución 54/183* — muchos informes sobre casos de

“torturas, bombardeos indiscriminados y generalizados, desplazamientos forzados en masa de poblaciones civiles, ejecuciones sumarias y la detención ilegal de albaneses de Kosovo a manos de la policía y el ejército yugoslavo, [así como] frecuentes casos de hostigamiento, periódicos secuestros y asesinatos de personas de origen serbio, romaní y otras minorías de Kosovo perpetrados por los extremistas de origen albanés”¹²¹.

112. A consecuencia de ello — continuaba la *resolución 54/183* — “toda la población de Kosovo se [había] visto afectada por el conflicto”¹²². A continuación advirtió que todas las minorías nacionales debían disfrutar de “iguales y plenos derechos”¹²³, y asimismo destacó “la urgente necesidad de que se apli[caran] medidas eficaces para poner fin al tráfico de mujeres y niños”¹²⁴. En su parte dispositiva, la *resolución 54/183* pidió una solución de la crisis de Kosovo sobre la base de “principios generales”¹²⁵, poniendo fin a cualquier acto que permita *de facto* o *de jure* una “fragmentación por motivos étnicos”¹²⁶. Además, instó a todos los actores a “que se abst[uvieran] de todo acto violento”¹²⁷, y

“facilit[aran] el regreso libre y sin obstáculos a sus hogares, en condiciones de seguridad y dignidad, de todas las personas desplazadas dentro del país y de los refugiados, cualquiera sea su origen étnico”¹²⁸.

113. Además, la *resolución 54/183* solicitó a las entidades humanitarias, así como al ACNUR y a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que continuaran adoptando medidas prácticas

“para hacer frente a las necesidades acuciantes del pueblo de Kosovo y prestar asistencia para el regreso voluntario de las personas desplazadas a sus hogares en condiciones de seguridad y dignidad”¹²⁹.

¹¹⁹ Párrafos tercero y cuarto del preámbulo.

¹²⁰ Párrafos quinto y sexto del preámbulo.

¹²¹ Párrafos séptimo y octavo del preámbulo.

¹²² Noveno párrafo del preámbulo.

¹²³ Noveno párrafo del preámbulo.

¹²⁴ Párrafo 12° del preámbulo.

¹²⁵ Párrs. 1 y 2.

¹²⁶ Párr. 7.

¹²⁷ Párr. 6.

¹²⁸ Párr. 11.

¹²⁹ Párr. 14.

Asimismo instó a todas las partes en Kosovo a que apoyaran los esfuerzos del UNICEF

“para asegurar que todos los niños de Kosovo regres[aran] a las escuelas a la mayor brevedad posible, y a que contribuy[eran] a la reconstrucción y reparación de las escuelas destruidas o dañadas durante el conflicto de Kosovo”¹³⁰.

114. La Asamblea General siguió ocupándose de la crisis humanitaria de Kosovo. En los años anteriores a su solicitud (mediante la resolución 63/3, de 08.10.2008) de una opinión consultiva de esta Corte, aprobó una serie de catorce resoluciones sobre la financiación de la UNMIK¹³¹. Y meses después de su solicitud de opinión consultiva de la CIJ, la Asamblea General aprobó otra resolución¹³², nuevamente sobre la financiación de la UNMIK. Así pues, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha estado constantemente atenta, igual que el Consejo de Seguridad, a la evolución de la situación de Kosovo en los últimos años.

3. Reiteradas expresiones de grave preocupación del Consejo Económico y Social por la tragedia humanitaria en Kosovo

115. No sólo el Consejo de Seguridad y la Asamblea General, sino también el Consejo Económico y Social, se ha ocupado análogamente de la situación de los derechos humanos en Kosovo, en sus momentos más inquietantes. Mediante su *resolución 1998/272* (de 30.07.1998), el Consejo Económico y Social aprobó las solicitudes de la ex Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de que el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en la ex Yugoslavia llevara a cabo misiones en la República Federativa de Yugoslavia, incluso en Kosovo¹³³. Un año después, en su *resolución 1999/232* (de 27.07.1999), el Consejo Económico y Social nuevamente aprobó una solicitud de la ex Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de que el mencionado Relator Especial llevara a cabo misiones, entre otros lugares, en Kosovo¹³⁴; además, el Consejo Económico y Social hizo suya la decisión de la Comisión de Derechos Humanos de solicitar al Relator Especial que “present[ara] informes provisionales cuando correspond[iera] sobre la labor que realiz[aba] en apoyo de la iniciativa de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Kosovo”¹³⁵.

116. La ex Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que presentaba informes al Consejo Económico y Social y al Secretario General, emitió en 1994 dos resoluciones en las que expresaba su grave preocupación por la tragedia humanitaria en Kosovo. En su *resolución 1994/72* (de 09.03.1994), la Comisión, expresó su “grave preocupación” ante el deterioro de la situación de los derechos humanos en Kosovo¹³⁶, y condenó enérgicamente, en particular,

¹³⁰ Párr. 21.

¹³¹ A saber, resolución 54/245A, de 23.12.1999; resolución 54/245B, de 15.06.2000; resolución 55/227A, de 23.12.2000; resolución 55/227B, de 14.06.2001; resolución 56/295, de 27.06.2002; resolución 57/326, de 18.06.2003; resolución 58/305, de 18.06.2004; resolución 59/286A, de 13.04.2005; resolución 59/286B, de 22.06.2005; resolución 60/275, de 30.06.2006; resolución 61/285, de 29.05.2007; y resolución 62/262, de 20.06.2008; resolución 63/295, de 30.06.2009; y resolución 64/827 (distribución general, 18.06.2010, y véase doc. A/C.5/64/L.47, de 28.05.2010).

¹³² Resolución 63/295, de 30.06.2009.

¹³³ Punto c) iii), párr. 21.

¹³⁴ Punto b) iii).

¹³⁵ Punto c) i).

¹³⁶ Párr. 25.

“las medidas y prácticas de discriminación contra los albaneses étnicos de Kosovo, así como las violaciones de los derechos humanos, y la represión en gran escala que llevan a cabo las autoridades serbias”¹³⁷.

La Comisión exigió que dichas autoridades “respe[tasen] los derechos humanos” de los albaneses étnicos de Kosovo, y asimismo declaró “que el mejor medio de impedir la posible escalada del conflicto” era “salvaguardar los derechos humanos, restaurar la autonomía de Kosovo y establecer instituciones democráticas en Kosovo”¹³⁸.

117. Poco después, la Comisión, en su resolución 1994/76 (también de 09.03.1994), recordando un documento del Consejo Económico y Social¹³⁹, nuevamente condenó enérgicamente las “medidas y prácticas discriminatorias, así como las violaciones de derechos humanos cometidas por las autoridades de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) contra los albaneses étnicos de Kosovo”¹⁴⁰, y exigió urgentemente que dichas autoridades

- a) P[usieran] fin a todas las violaciones de derechos humanos, medidas y prácticas discriminatorias contra albaneses étnicos en Kosovo, en particular a las privaciones arbitrarias de libertad y a la violación del derecho a un juicio justo y a la práctica de torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes;
- b) P[usieran] en libertad a todos los presos políticos y suspend[ieran] toda persecución de dirigentes políticos y miembros de organizaciones locales de derechos humanos;
- c) Estable[cieran] instituciones democráticas en Kosovo y respet[aran] la voluntad de sus habitantes como la mejor manera de impedir que se agrav[ara] el conflicto (...)”¹⁴¹.

118. La Comisión, en su *resolución 1995/89* (de 08.03.1995), recordando nuevamente un documento del Consejo Económico y Social¹⁴², consideró adecuado reiterar su profunda preocupación por la situación de los derechos humanos en Kosovo, y reiterar su enérgica condena de “las medidas y prácticas discriminatorias”¹⁴³ y sus urgentes exigencias (*supra*) de que las autoridades de Serbia pusieran fin a ellas y a las violaciones de los derechos humanos, y “respet[asen] la voluntad de los habitantes de Kosovo”¹⁴⁴. Más adelante, en su resolución 1996/71 (de 23.04.1996), la Comisión una vez más instó enérgicamente a las autoridades serbias “a que abrog[asen] toda la legislación discriminatoria y apli[casen] todas las demás leyes sin discriminación alguna, p[usiesen] en libertad a todos los detenidos políticos” y “permit[iesen] el regreso libre al Kosovo de los refugiados de origen

¹³⁷ Párr. 26.

¹³⁸ Párr. 27.

¹³⁹ Doc. E/CN.4/1994/110, refiriéndose al informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en la ex Yugoslavia (describiendo el continuo “deterioro” de dicha situación en Kosovo).

¹⁴⁰ Párr. 1.

¹⁴¹ Párr. 2.

¹⁴² Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1995/57, refiriéndose al informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en la ex Yugoslavia (describiendo las brutalidades y medidas discriminatorias perpetradas en Kosovo).

¹⁴³ Tales como despidos en masa de funcionarios públicos, discriminación contra alumnos y maestros de origen étnico albanés de las escuelas primarias, despido de clínicas y hospitales de médicos y otras categorías de miembros de la profesión médica de origen étnico albanés – generando así una migración forzada.

¹⁴⁴ Párrs. 29 a 31.

albanés”¹⁴⁵. Además, pidió con urgencia que las autoridades serbias

“adopt[asen] medidas inmediatamente para poner fin a la represión de las poblaciones no serbias del Kosovo e impedir la violencia contra ellas, incluidos los actos de hostigamiento, las palizas, la tortura, los registros injustificados, la detención arbitraria, los juicios injustos, las expulsiones y los desalojos y despidos arbitrarios e injustificados (...)”¹⁴⁶.

4. Reiteradas expresiones de grave preocupación del Secretario General por la tragedia humanitaria en Kosovo

119. Igual que los demás órganos principales de las Naciones Unidas (la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social – *supra*), el Secretario General de las Naciones Unidas también expresó en distintas ocasiones su grave preocupación por la tragedia humanitaria en Kosovo. Así pues, en su *Informe* de 12.07.1999 sobre la UNMIK¹⁴⁷, advirtió que

“Las consecuencias humanitarias del conflicto en el pueblo de Kosovo han sido profundas. De una población estimada en 1,7 millones en 1998, casi la mitad (800.000) se ha refugiado en la vecina Albania, la ex República Yugoslava de Macedonia y Montenegro el año pasado. Aunque las estimaciones varían, es posible que haya 500.000 personas desplazadas en el interior del territorio. Muchas de ellas están en peor estado de salud que los refugiados, pues han pasado semanas ocultas, sin comida ni refugio. Muchos refugiados y desplazados conservan cicatrices de traumas psicológicos y de malos tratos físicos.

Al 9 de julio de 1999, habían regresado a Kosovo más de 650.000 refugiados mediante una combinación de desplazamientos espontáneos y apoyados por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Con ello, se estima que 150.000 personas permanecen en regiones y países vecinos, 90.000 han sido evacuadas a terceros países y un número desconocido ha solicitado asilo. Quienes no han regresado a sus hogares seguirán necesitando una asistencia considerable en su país de acogida y a su regreso de él. En Kosovo un número aún desconocido de personas no ha regresado a sus hogares. (...)” (párrs. 8 y 9).

120. En el mismo *Informe*, el Secretario General de las Naciones Unidas consideró adecuado añadir, entre otras cosas, que

“La aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y el despliegue de la KFOR y la UNMIK han marcado el fin de un capítulo trágico en la historia del pueblo de Kosovo. La comunidad internacional tiene ante sí la tarea de ayudar al pueblo de Kosovo a reconstruir sus vidas y restaurar las heridas causadas por el conflicto. La reconciliación será un proceso lento y prolongado. Para llevarlo adelante se necesitará paciencia y persistencia” (párr. 117).

121. En su siguiente *Informe* sobre la UNMIK, de 16.09.1999¹⁴⁸, el Secretario General

¹⁴⁵ Párr. 25.

¹⁴⁶ Párr. 26.

¹⁴⁷ Documento de las Naciones Unidas S/1999/779, de 12.07.1999, págs. 1 a 25.

¹⁴⁸ Documento de las Naciones Unidas S/1999/987, de 16.09.1999, págs. 1 a 12.

señaló que “[e]l nivel y la naturaleza de la violencia en Kosovo, especialmente contra minorías vulnerables, sigue siendo una importante preocupación. Las medidas tomadas para hacer frente a este problema están teniendo un efecto positivo, pero es necesario mantener una continua vigilancia” (párr. 4). El *Informe* se refirió a algunas de las medidas más apremiantes que debían tomarse:

“Se han hecho encuestas de la situación en materia de vivienda en más del 90% de las aldeas afectadas por la guerra. Cerca de 50.000 casas han sufrido daños irreparables y otras 50.000 casas más han sufrido daños de hasta un 50%, pero que se pueden reparar. Una de las tareas más urgentes que es necesario terminar antes del invierno es la rehabilitación temporal de las 50.000 casas reparables” (párr. 11).

122. Con tal fin, la UNMIK contó con la asistencia del programa de rehabilitación de emergencia del ACNUR (párr. 11). Otra de las prioridades era – añadió el *Informe* del Secretario General – la específica “asistencia a las mujeres y los niños”; con tal fin, la UNMIK contó con la asistencia del ACNUR, el UNICEF y organizaciones no gubernamentales internacionales y locales, que estaban “ejecutando una serie de proyectos en el marco de la ‘Iniciativa para la mujer de Kosovo’” (párr. 13). Paralelamente a esos dos *Informes*, a comienzos del mismo año 1999, el Secretario General también consideró adecuado emitir una declaración, el 16.01.1999 (el día siguiente a la masacre de Raçak), expresando su grave preocupación en la forma siguiente:

“Estoy sumamente conmovido al enterarme hoy de las denuncias de masacre de unas 40 personas, aparentemente civiles, en Kosovo. (...) Estoy profundamente preocupado por este último acontecimiento y reclamo que las autoridades competentes hagan una investigación. Hago un nuevo llamamiento a todas las partes en Kosovo para que se abstengan de toda medida que pueda causar un nuevo escalamiento en la trágica situación”¹⁴⁹.

123. A partir de 1999, el Secretario General de las Naciones Unidas emitió periódicamente numerosos *Informes* sobre la evolución de la labor de la UNMIK. A comienzos del decenio (2002-2004), sus *Informes* abogaban por la supervisión de la política convenida de “Normas primero, estatuto después”¹⁵⁰. En el período siguiente (2006-2008), antes de la declaración de independencia, el Secretario General señaló a la atención de todos los interesados la importancia de poner fin a la violencia para el futuro de Kosovo. Así pues, en su *Informe* de 05.06.2006¹⁵¹, consideró que

“(…) La aplicación de las normas permite determinar cuán empeñados están los dirigentes políticos y las Instituciones Provisionales de Kosovo en hacer realidad una sociedad en que todas las personas puedan vivir con dignidad y sin temor. (...) [P]rogresar efectivamente en ese ámbito es una condición esencial para determinar el progreso del proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo. (...)”

¹⁴⁹ Cit. en M. Weller, *The crisis in Kosovo, 1989-1999*, Cambridge, *Docs. & Analysis Publ.*, 1999, pág. 320. Dos días después (18.01.1999) la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los refugiados (Sra. S. Ogata) también expresó la grave preocupación del ACNUR y condenó las atrocidades; véase cit. en *ibid.*, pág. 321.

¹⁵⁰ Véase Secretario General, Informe de 09.10.2002 (documento de las Naciones Unidas S/2002/1126), párr. 2; Secretario General, Informe de 29.01.2003 (documento de las Naciones Unidas S/2003/113), párrs. 12 y 61; Secretario General, Informe de 16.01.2004 (documento de las Naciones Unidas S/2004/71), párr. 2.

¹⁵¹ Documento de las Naciones Unidas S/2006/361, de 05.06.2006, págs. 1 a 9.

La reconciliación sigue siendo esencial para el futuro de un Kosovo multiétnico, así como para la estabilidad de la región. Aunque todas las comunidades tienen una función que desempeñar en el mejoramiento de las condiciones para que todos puedan convivir y trabajar en armonía, la responsabilidad principal recae en la comunidad mayoritaria. (...)

(...) La violencia afectará al proceso relativo al estatuto futuro de Kosovo, y ninguna parte de la sociedad de Kosovo debe tolerarla. (...)”¹⁵².

124. En sus siguientes *Informes* sobre la UNMIK, la atención se fue centrando cada vez más en el establecimiento de instituciones provisionales de autogobierno democrático y autónomo, es decir, de desarrollo de instituciones públicas, de modo de fomentar la consolidación del estado de derecho en una sociedad democrática¹⁵³. En uno de esos *Informes* (el de 09.03.2007), el Secretario General dijo:

“Después de casi ocho años de administración provisional de las Naciones Unidas, Kosovo y su población necesitan tener una idea clara de su futuro. (...) El progreso hacia la conclusión oportuna del proceso del futuro estatuto político de Kosovo y hacia una solución sostenible a este respecto debe ser una prioridad de toda la comunidad internacional.

Dicha solución debe implicar necesariamente el establecimiento de un clima de estabilidad en Kosovo, en el que todas las comunidades convivan en paz. La utilización de la violencia por parte de grupos extremistas para lograr objetivos políticos no puede tolerarse y debe condenarse rotundamente¹⁵⁴.”

125. En el siguiente *Informe* (de 29.06.2007), el Secretario General tomó nota del informe que le había presentado su Enviado Especial, en el cual éste “recomendaba la independencia de Kosovo, supervisada inicialmente por la comunidad internacional, y exponía su propuesta de acuerdo”¹⁵⁵. En otro *Informe* (el de 20.11.2006), el Secretario General ya había exhortado a “los dirigentes y el pueblo de Kosovo” a que siguieran comprometidos con el arreglo político, y añadió que “[s]eguía siendo importante que las autoridades de Kosovo acrec[entaran] el progreso alcanzado y no p[erdieran] de vista todas las normas importantes para lograr unas instituciones más estables y eficaces y mejorar la prestación de servicios a toda la población de Kosovo”¹⁵⁶.

126. Por último, hay una serie de *Informes del Secretario General*, que comprenden los nuevos acontecimientos atinentes a la UNMIK a partir de la declaración de independencia de Kosovo de 17 de febrero de 2008¹⁵⁷. Poco después de la adopción de la declaración de

¹⁵² *Ibid.*, párrs. 24 y 26 y 27, pág. 8.

¹⁵³ Véase Informe de 01.09.2006 (documento de las Naciones Unidas S/2006/707); Informe de 20.11.2006 (documento de las Naciones Unidas S/2006/906); Informe de 09.03.2007 (documento de las Naciones Unidas S/2007/134); Informe de 29.06.2007 (documento de las Naciones Unidas S/2007/395); Informe de 28.09.2007 (documento de las Naciones Unidas S/2007/582); Informe de 03.01.2008 (documento de las Naciones Unidas S/2007/768).

¹⁵⁴ Documento de las Naciones Unidas S/2007/134, de 09.03.2007, párrs. 24 y 25, págs. 7 y 8.

¹⁵⁵ Documento de las Naciones Unidas S/2007/395, de 29.06.2007, párr. 2, pág. 1, y documentos allí mencionados.

¹⁵⁶ Documento de las Naciones Unidas S/2006/906, de 20.11.2006, párr. 24, pág. 7.

¹⁵⁷ Véase Secretario General, Informe de 28.03.2008 (documento de las Naciones Unidas S/2008/211); Secretario General, Informe de 12.06.2008 (documento de las Naciones Unidas S/2008/354); Secretario General, Informe de 15.07.2008 (documento de las Naciones Unidas S/2008/458); Secretario General, Informe de 24.11.2008 (documento de las Naciones Unidas S/2008/692); Secretario General, Informe de 17.03.2009 (documento de las Naciones Unidas S/2009/149); Secretario General, Informe de 10.06.2009 (documento de las Naciones Unidas

independencia por la Asamblea de Kosovo el 17.02.2008, el Secretario General de las Naciones Unidas, en su *Informe* de 28.03.2008, tomó nota de la declaración (párr. 3) y añadió que la UNMIK seguía “operando en la inteligencia de que la resolución 1244 (1999) [seguía] en vigor” (párr. 29), pero al mismo tiempo concedió que

“la declaración de independencia de Kosovo ha tenido un profundo impacto en la situación en Kosovo. La declaración de independencia y los acontecimientos posteriores ocurridos en Kosovo han planteado importantes desafíos a la capacidad de la UNMIK de ejercer su autoridad administrativa en Kosovo.” (párr. 30).

127. En su subsiguiente *Informe* sobre la UNMIK (de 12.06.2008), el Secretario General tomó nota de la Constitución aprobada por la Asamblea de Kosovo el 09.04.2008, que entraría en vigor el 15.06.2008 (párr. 7). Ello planteaba, a su juicio, “problemas importantes” y “repercusiones operacionales” para la capacidad de la Misión de ejercer su “autoridad administrativa” (párrs. 10, 14 y 17). En el siguiente *Informe* (de 15.07.2008), añadió que “las autoridades de Pristina han tomado varias medidas para afirmar su autoridad en Kosovo” (párr. 4), y “la situación que ha debido enfrentar la UNMIK en Kosovo es sustancialmente distinta” (párr. 29).

128. El siguiente *Informe* del Secretario General (de 24.11.2008) reconoció dificultad de conciliar la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y la Constitución de Kosovo (párr. 21). Por último, en un *Informe* posterior (de 10.06.2009), el Secretario General añadió que, si bien, para las autoridades de Kosovo, la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad ya no era pertinente (párr. 2), Naciones Unidas seguirían “adoptando una posición de estricta neutralidad en la cuestión del estatuto de Kosovo” (párr. 40).

129. Así pues, surge claramente de esos *Informes* y de los anteriores que, inicialmente, la preocupación principal del Secretario General de las Naciones Unidas y la UNMIK se refería a la seguridad y las condiciones de vida de la población. Posteriormente se centró en el desarrollo de instituciones públicas. La administración internacional de territorios no parece ser un fin en sí mismo, – no una administración internacional de territorios por la sola administración territorial – sino un medio para un fin, a saber, lograr el bienestar del “pueblo” o la “población”, y de los habitantes que viven en un estado de derecho en una sociedad democrática. En cuanto a los *Informes* más recientes, emitidos en la época de la declaración de independencia de Kosovo, y poco después, es difícil escapar a la impresión de que, para entonces, ya se estaba considerando a Kosovo como un Estado *in statu nascendi*.

5. **Apreciación general**

130. Del examen que antecede, queda en claro que la Organización de las Naciones Unidas *en su conjunto* estaba y ha estado preocupada por la tragedia humanitaria en Kosovo. Cada uno de sus órganos principales (la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social y la Secretaría General) expresaron en distintas ocasiones su grave preocupación por ella, y cada uno de ellos estaba y ha estado empeñado en la solución de la crisis, dentro de sus respectivas esferas de competencia. Esos dominios de competencia no son competitivos, sino complementarios, a fin de cumplir los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas, a la luz de los principios proclamados en ella (Artículos 1 y 2). La crisis era de incumbencia de la comunidad internacional en su

S/2009/300); Secretario General, Informe de 30.09.2009 (documento de las Naciones Unidas S/2009/497); y Secretario General, Informe de 05.01.2010 (documento de las Naciones Unidas S/2010/5).

conjunto, y consiguientemente la Organización de las Naciones Unidas *en su conjunto* actuó correctamente al hacerle frente.

131. La Corte Internacional de Justicia, órgano judicial principal de las Naciones Unidas (Artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas), ha sido ahora llamada a pronunciarse sobre un aspecto específico, a saber, el de la conformidad, o no, con el derecho internacional, de la declaración de independencia de Kosovo. En el ejercicio de su función consultiva, y teniendo presente su alta responsabilidad en su carácter de Corte mundial, se ha negado correctamente a dejarse llevar a un falso y artificial problema de delimitación de competencias entre los órganos principales de las Naciones Unidas. Ha tenido presentes los principios y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas, junto con el derecho internacional general. Ha actuado como debía.

VIII. *Ex injuria jus non oritur*

132. Según un bien establecido principio general de derecho internacional, un acto ilícito no puede convertirse en fuente de ventajas, beneficios o bien derechos para el autor del ilícito¹⁵⁸: *ex injuria jus non oritur*. En el período comprendido entre la revocación de la autonomía de Kosovo en 1989 hasta la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, todos los interesados cometieron sucesivas graves violaciones del derecho internacional. Dichas graves violaciones, de todas partes, victimizaron gravemente a un gran sector de la población de Kosovo. Comprendieron graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario provenientes de virtualmente todos los que intervinieron en la crisis de Kosovo.

133. En el curso del procedimiento consultivo que la Corte tiene ante sí, un par de participantes invocaron el principio *ex injuria jus non oritur*, cada uno de ellos en referencia a uno de los sucesivos actos ilícitos, en el curso del decenio 1989-1999, y hasta la declaración de independencia de Kosovo de 17 de febrero de 2008. Ninguno de ellos se refirió a las sucesivas *injuriae* en su conjunto – entre ellas, tres injustificados bombardeos de Kosovo por la OTAN en 1999, fuera del marco de la Carta de las Naciones Unidas, que también generaron “bajas” entre cientos de inocentes civiles. De hecho, tuvieron lugar *injuriae* cometidas en toda la región en su conjunto, provenientes de una diversidad de fuentes (tanto estatales como no estatales).

134. El principio *ex injuria jus non oritur* se aplica a todas esas graves violaciones, a las atrocidades perpetradas contra la población, así como al injustificado uso de la fuerza en los bombardeos de Kosovo (que análogamente causaron numerosas víctimas inocentes en la población civil), fuera del marco de la Carta de las Naciones Unidas. Así pues, la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no puede leerse en el sentido de que aprueba actos ilícitos de cualquier origen o tipo, ni de que saca ventaja de ellos. Muy por el contrario: la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad reinsertó el tratamiento de la crisis humanitaria de Kosovo dentro del marco de la Carta de las Naciones Unidas, en uno de los grandes desafíos para *las Naciones Unidas en su conjunto* (no sólo su Consejo de Seguridad) en nuestros días. No es posible dudar de que el Consejo de Seguridad, procediendo en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, mediante su resolución 1244 (1999), actuó de manera decisiva para la restauración y la preservación de la paz en Kosovo y en toda la región.

¹⁵⁸ P. Guggenheim, “La validité et la nullité des actes juridiques internationaux”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1949), vol. 74, págs. 226 y 227, 230 y 231 y 256; H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge University Press, 1947, págs. 420 y 421.

135. Al establecer la UNMIK mediante dicha resolución, el Consejo de Seguridad tuvo cuidado de no anticipar ni prejuzgar el resultado de la administración provisional de Kosovo. Su posición equilibrada se transparenta en los términos de su resolución 1244 (1999) en su conjunto: en ninguna parte de ella profesó una obsesión – propia del derecho internacional tradicional del pasado – con el territorio en detrimento del pueblo, de la población local. Análogamente, tuvo en cuenta al pueblo. Tenía presente el principio *ex injuria jus non oritur*.

136. Este principio general, pese a estar bien establecido, a veces ha sido contrabalanceado por la máxima *ex factis jus oritur*¹⁵⁹. Esto no quiere decir que pueda surgir derecho de graves violaciones del derecho internacional humanitario, sino como una respuesta o reacción posterior ante ellas. En el universo conceptual del derecho internacional, como del derecho en general, uno está en el dominio del *Sollen*, no del *Sein*, o al menos en el de la tensión entre *Sollen* y *Sein*. Es inconcebible que puedan surgir derechos para los Estados, o que tales derechos puedan preservarse, mediante un cuadro persistente de graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

137. Así pues, la máxima *ex factis jus oritur* no equivale a una carta blanca, pues el derecho también desempeña su papel en el surgimiento de derechos de la tensión entre *Sollen* y *Sein*. En la etapa actual de evolución del derecho de gentes (*Law of Nations*), es insostenible que un pueblo pueda verse forzado a vivir bajo la opresión, o que el control del territorio pueda usarse como medio para llevar a cabo una opresión planificada y perpetrada por el Estado. Ello equivaldría a una manifiesta y flagrante inversión de los fines del Estado, como promotor del bien común.

IX. Condiciones de vida de la población en Kosovo (desde 1989): las argumentaciones formuladas en el procedimiento consultivo que la Corte tiene actualmente ante sí

138. Con respecto a la presente solicitud de opinión consultiva de la CIJ formulada por la Asamblea General, me parece totalmente justificado, y realmente necesario, centrar la atención en las condiciones de vida – o, más bien, de sobrevivencia – de la población en Kosovo, desde que fue privada de su autonomía en 1989 y hasta que, en 1999, se estableció la administración internacional del territorio por las Naciones Unidas mediante la aprobación de la mencionada resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad. Este aspecto crucial fue, de hecho, objeto de atención, y fue puesto en conocimiento de la Corte, en el curso del presente procedimiento consultivo, en sus fases escrita y oral.

1. Argumentaciones formuladas durante la fase escrita del procedimiento

139. En el curso de la fase escrita, algunos de los participantes en el procedimiento trataron de presentar – además de una reseña descriptiva de los hechos – una evaluación de los acontecimientos que tuvieron lugar en ese decenio (1989-1999), independientemente de sus conclusiones sobre la cuestión en debate. Por ejemplo, Alemania argumentó en su exposición escrita que el Gobierno de Yugoslavia había creado “un clima de absoluta inobservancia generalizada de la ley en la región” y que

“las autoridades responsables no sólo no protegieron la vida y la integridad física

¹⁵⁹ H. Lauterpacht, “Règles générales du droit de la paix”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, vol. 62 (1937), págs. 287 y 288; P. Guggenheim, “La validité et la nullité...”, op. cit. supra, n. (105), pág. 231.

de sus ciudadanos de origen étnico albanés, sino que dichos ciudadanos habían pasado a ser objeto de constante persecución, sometidos a la más completa arbitrariedad.... Se transmitió claramente a todas las personas de origen étnico albanés que su presencia era indeseable en Kosovo y lo mejor para ellos sería irse de la región definitivamente” (págs. 16 y 17).

Alemania concluyó entonces que “[los] hechos (...) hablan por sí mismos”, confirmando plenamente que “a comienzos de 1999 existía realmente, como lo observaron y documentaron terceras instituciones conocedoras de los hechos e imparciales, una emergencia humanitaria, causada por graves crímenes deliberada e intencionalmente cometidos por las fuerzas de seguridad y las fuerzas militares de la República Federativa de Yugoslavia, y que la estrategia criminal adquirió un impulso sin precedentes cuando se retiró la Misión de Verificación/Misión de Observación” (pág. 19).

140. Análogamente, en sus observaciones escritas, el Reino Unido destacó que esos acontecimientos de gran violencia (entre 1989 y 1999) fueron “horrorosos, bien documentados y probados abusos de los derechos humanos, abusos que han sido descritos y condenados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por el Consejo de Seguridad, por diversos órganos de las Naciones Unidas creados por tratados (como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité contra la Tortura), por la ex Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por los Relatores Especiales de las Naciones Unidas (de 1992 a 1997) y por el Comité Internacional de la Cruz Roja” (párr. 14). El Reino Unido también se refirió a esas fuentes en su exposición escrita (párrs. 2.25 a 2.40).

141. Por su parte, los Países Bajos, en su exposición escrita, recordando las comprobaciones del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia (TPIY) en la causa *Milutinovic y otros* (2009 – véase *infra*), señaló que había habido “campañas de terror y violencia” que tuvieron como resultado “la denegación de los derechos humanos fundamentales en Kosovo”, representando un cuadro de violaciones que

“era grave porque era sistemático, una empresa criminal conjunta, en particular, que ponía en evidencia que la violación se llevaba a cabo de manera organizada y deliberada. La violación también era grave porque era manifiesta: la cantidad de kosovares de origen étnico albanés expulsados y la naturaleza y el grado de la violencia dirigida contra ellos constituía prueba del carácter flagrante de la violación, representando una agresión directa y sin ambages a los valores protegidos” (párr. 3.12).

142. A su vez, Noruega, en su exposición escrita, informó a la CIJ de que, en su carta de reconocimiento de Kosovo (por el Real Decreto de 28.03.2008), se había referido a la evaluación completa de la prueba llevada a cabo por el TPIY en la causa *Milutinovic y otros* (2009). Y, en sus observaciones escritas, Noruega recordó asimismo que los acuerdos de Rambouillet (de 1999) disponían que el estatuto definitivo de Kosovo sería determinado sobre la base de la “voluntad del pueblo”.

143. En su exposición escrita, en la misma línea de preocupación, Albania se refirió al informe publicado por la Comisión Internacional de Expertos para indicar que “mediante una campaña generalizada y sistemática de terror y violencia, la población albanesa de Kosovo había de ser desplazada por la fuerza tanto dentro como fuera de Kosovo”; el fin de esa campaña habría sido “desplazar a una cantidad de [kosovares de origen étnico albanés] suficiente para inclinar la balanza demográfica más hacia la igualdad étnica y a fin de atemorizar a los kosovares de origen étnico albanés para que aceptaran la sumisión”

(párr. 29).

144. Albania se refirió a la represión sistemática, las violaciones cotidianas de los derechos humanos y las políticas estatales discriminatorias (entre 1990 y 1995 – párr. 11); asimismo invocó los informes del *Relator Especial* de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos en la ex Yugoslavia, y de Human Rights Watch (1997-1998 – párrs. 18 y 20). Además, también invocó la resolución 1998/79 de la ex Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la que se instaba a las autoridades de Serbia a poner fin a las tortura y malos tratos a las personas detenidas (párr. 18). Por último, Albania añadió que “la intención de reducir la población albanesa en Kosovo a aproximadamente 600.000 matando miembros del grupo o expulsándolos por la fuerza”, era “conocida para los altos funcionarios extranjeros, y según se informaba había sido públicamente enunciada por altos funcionarios serbios” (párr. 29). Esta preocupación fue retomada por varios participantes en el curso de la fase oral del presente procedimiento (véase *infra*).

145. Pero aún en la fase escrita del procedimiento, Austria se refirió, en su exposición escrita, a diversas fuentes documentales, entre ellas, las constataciones de 2009 del TPIY en la causa *Milutinovic y otros*, que confirmaban las violaciones masivas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en Kosovo, a partir de la revocación de su autonomía en 1989 y hasta la perpetración de crímenes de lesa humanidad en 1999 (párrs. 5 a 9). En su exposición escrita, Estonia observó, análogamente, que la prolongada denegación de la libre determinación interna sufrida por el pueblo de Kosovo estuvo acompañada por graves violaciones de los derechos humanos y por la depuración étnica, como se revela en diversas fuentes documentales de las Naciones Unidas (párrs. 6 a 9).

146. Análogamente, Polonia señaló a la atención, en su exposición escrita, las violaciones sistemáticas y en gran escala de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en Kosovo a lo largo del decenio de 1990, marcadas por la generalización de la depuración étnica, el desplazamiento forzoso del pueblo, las detenciones arbitrarias y las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas de personas, y otros estallidos de violencia dirigidos contra la población civil de Kosovo (como lo estableció la Sala de Primera Instancia del TPIY en su sentencia de 2009 en la causa *Milutinovic y otros*), todo lo cual hizo que la situación de Kosovo fuera singular y sui géneris. Para Polonia, toda esta tragedia humanitaria debería ser tenida en cuenta al considerar la declaración de independencia de Kosovo de 17 de febrero de 2008 (párrs. 4.5.1 y 5.2.2.1).

147. Suiza también hizo referencia a las graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos en Kosovo, en su exposición escrita, en la que también mencionó resoluciones de la Asamblea General y las constataciones del TPIY en la causa *Milutinovic y otros* (*supra* – párrs. 81 a 85). Los Estados Unidos, análogamente, recordando diversas fuentes documentales de las Naciones Unidas (Asamblea General y Consejo de Seguridad, ex Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, TPIY), observaron en su exposición escrita que la totalidad de los antecedentes de hecho de la violencia y la represión masivas a lo largo del decenio de 1990 eran pertinentes para considerar la declaración de independencia de Kosovo de 17.02.2008 (II y III, párrs. 8 a 19).

148. También Eslovenia, en su exposición escrita, mencionó la represión sistemática de los kosovares de origen étnico albanés como uno de los factores que determinaron su reconocimiento de Kosovo el 05.03.2008 (párr. 5). Luxemburgo, en su exposición escrita, también tuvo en cuenta los antecedentes de hecho de la aguda crisis humanitaria en Kosovo en el decenio de 1990, especialmente a finales de dicho decenio, que exigían una respuesta de la comunidad internacional (párr. 6 núm. 1). Y Finlandia, también recordando

las constataciones del TPIY en la causa *Milutinovic y otros (supra)*, estimó en su exposición escrita que los antecedentes de hecho de la situación en Kosovo durante el período 1989-2007 debían ser tenidos en cuenta para la consideración de su declaración de independencia de 17.02.2008. A juicio de Finlandia, esa situación de hecho se insertaba en la violenta ruptura de Yugoslavia, dentro de la cual tuvo lugar la deliberada política de represión y persecución de los kosovares de origen étnico albanés a lo largo del decenio 1989-1999 (tratando de reducirlos a la indefensión), que culminó, en la primavera boreal de 1999, en un desplazamiento masivo del pueblo dentro y fuera de Kosovo (párrs. 10 y 11).

2. Argumentaciones formuladas durante la fase oral del procedimiento

149. Los antecedentes de hecho de la grave crisis humanitaria en Kosovo también fueron señalados a la atención de la CIJ en la fase oral del presente procedimiento consultivo. El asunto fue retomado por los participantes – independientemente de sus conclusiones sobre la declaración de independencia de Kosovo de 17.02.2008 – en las audiencias públicas de la CIJ en la primera mitad de diciembre de 2009. Por ejemplo, en sus argumentos orales, (la actual) Serbia tuvo el gran mérito de lamentar las tragedias y el dolor provocados por los conflictos de 1998-1999; admitió que hubo una depuración étnica en la ciudad de Pristina, y que todo esto – la violencia generalizada por parte de actores estatales y no estatales – llevó al establecimiento en 1999 de la administración internacional de territorios, y al propósito de sancionar penalmente a los individuos responsable de las graves violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario¹⁶⁰.

150. Por su parte, las autoridades de Kosovo, después de recordar las persecuciones en los decenios de 1920, 1950 y 1960, añadieron que la eliminación forzosa, mediante intimidación, de la autonomía de Kosovo en 1989 por S. Milosevic llevó a la “catástrofe humanitaria” de 1998-1999, cuando hubo discriminación a gran escala, violaciones graves de los derechos humanos, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, depuración étnica, corrientes masivas de refugiados, pérdida de vidas y gran sufrimiento – todo lo cual hacía imposible que el pueblo de Kosovo contemplara un futuro dentro de Serbia¹⁶¹. Análogamente, Albania se refirió a la ilegal privación de la autonomía de Kosovo, que llevó a esas violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos humanos, que comprendieron, además de la depuración étnica, ejecuciones sumarias, torturas y violaciones, desapariciones forzadas de personas, desplazamiento forzado de personas, a manos de las fuerzas serbias y de paramilitares¹⁶². Albania dijo que más de 1,5 millones de kosovares de origen étnico albanés expulsados por la fuerza de sus hogares, y argumentó que la denegación de la libre determinación interna de Kosovo hizo que se apuntara a su independencia¹⁶³.

151. Dinamarca también señaló los trágicos acontecimientos del decenio de 1990; sostuvo que esas violaciones manifiestas de los derechos humanos llevaron a la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, de modo de satisfacer las necesidades reales y cotidianas del “pueblo” de Kosovo¹⁶⁴. Brasil identificó, en la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, un “claro rechazo”, por “el sistema de seguridad colectiva” de las Naciones Unidas, del uso del velo de soberanía de un Estado

¹⁶⁰ CIJ, doc. CR 2009/24, de 01.12.2009, págs. 33 y 34.

¹⁶¹ CIJ, doc. CR 2009/25, de 02.12.2009, págs. 15 a 19.

¹⁶² CIJ, doc. CR 2009/26, de 02.12.2009, págs. 8 y 9.

¹⁶³ *Ibid.*, págs. 9 y 31.

¹⁶⁴ CIJ, doc. CR 2009/29, de 07.12.2009, págs. 66 y 74 y 75.

para perpetrar crímenes abominables contra su propia población”¹⁶⁵. En opinión de España, la grave situación de violaciones de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y de los derechos de las minorías en Kosovo, fue “resuelta” en 1999, con la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad¹⁶⁶. Rusia dijo, a su vez, que esa resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad era el resultado de la tragedia que cayó sobre Kosovo, del conflicto que victimizó a su “comunidad” y de los actos de terrorismo del Ejército de Liberación de Kosovo (ELK)¹⁶⁷.

152. Los Estados Unidos, por su parte, argumentaron que Kosovo, que había sufrido una tragedia, marcada por la opresión y por abusos masivos y sistemáticos de los derechos humanos, quedó separado de Serbia¹⁶⁸. A su vez, Croacia destacó que la ilegal eliminación de la autonomía de Kosovo estuvo seguida por una represión sistemática y graves violaciones de los derechos humanos de su población, que, a su vez, fueron seguidos por la administración internacional de Kosovo por las Naciones Unidas y el desarrollo, dentro de dicha administración, de la autoadministración de Kosovo¹⁶⁹; a juicio de Croacia, Kosovo tiene ahora elementos de la calidad de Estado, y todo este desarrollo debe ser tenido en cuenta por la CIJ¹⁷⁰.

153. Jordania recordó la bien documentada historia de discriminación, brutalidad policial, prisión arbitraria, tortura, depuración étnica, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en Kosovo, victimizando al “pueblo” de Kosovo, a partir de la denegación de su autonomía en 1989; asimismo recordó que la declaración de independencia de Kosovo de 17.02.2008 preveía su supervisión internacional y garantías de los derechos humanos¹⁷¹; Jordania sostuvo además que, en esas circunstancias, el “pueblo” de Kosovo tiene derecho a la independencia, surgida en el contexto de la desintegración de la República Federativa Socialista de Yugoslavia en 1991¹⁷². Los Países Bajos, análogamente, advirtieron que había una atmósfera de terror en Kosovo, con las matanzas, agresiones sexuales y desplazamientos forzosos; esas graves violaciones cometidas por Serbia – añadieron – generaron el legítimo ejercicio por el “pueblo” de Kosovo de libre determinación externa, y el reconocimiento de ese derecho por la CIJ contribuiría, a su juicio, a la paz y la estabilidad en la región¹⁷³.

154. En la opinión de Finlandia, las atrocidades perpetradas en Kosovo hacen necesario crear las condiciones con arreglo a las cuales las “comunidades” de Kosovo puedan vivir en paz y justicia; de allí, con la imposibilidad de volver al *statu quo ante*, el surgimiento del Estado de Kosovo, con su declaración de independencia de 17.02.2008¹⁷⁴. El Reino Unido, por su parte, después de recordar la “catástrofe en materia de derechos humanos” que siguió a la revocación de la autonomía de Kosovo en 1989, argumentó que la secesión no está regulada por el derecho internacional, la integridad territorial se aplica sólo a las relaciones internacionales, El artículo 1 de los dos Pactos de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos no está limitado sólo a los casos de descolonización, y la estabilidad

¹⁶⁵ CIJ, doc. CR 2009/28, de 04.12.2009, pág. 17.

¹⁶⁶ CIJ, doc. CR 2009/30, de 08.12.2009, pág. 18.

¹⁶⁷ CIJ, doc. CR 2009/30, de 08.12.2009, pág. 45.

¹⁶⁸ CIJ, doc. CR 2009/30, de 08.12.2009, págs. 31 y 33.

¹⁶⁹ CIJ, doc. CR 2009/29, de 07.12.2009, pág. 57.

¹⁷⁰ *Ibid.*, pág. 61.

¹⁷¹ CIJ, doc. CR 2009/31, de 09.12.2009, págs. 28 a 31.

¹⁷² *Ibid.*, págs. 30 a 32, 36 y 37, 39 y 41.

¹⁷³ CIJ, doc. CR 2009/32, de 10.12.2009, págs. 8, 11, 13 y 16.

¹⁷⁴ CIJ, doc. CR 2009/30, de 08.12.2009, págs. 52 y 53, 61 y 64.

que reina en la región hoy en día proviene, a su juicio, de la independencia de Kosovo¹⁷⁵.

155. Todos los participantes mencionados, como acaba de verse, consideraron adecuado hacer particular hincapié en las condiciones de vida – realmente, de sobrevivencia – de la población de Kosovo en el período de que se trata, a saber, a partir de la revocación por Serbia de la autonomía de Kosovo (constitucionalmente garantizada desde 1974) en 1989, que llevó al gran sufrimiento impuesto a la población a lo largo de todo un decenio, hasta 1999. Me siento obligado a dejar constancia en el expediente de este aspecto del sustancial procedimiento consultivo ante esta Corte (fases escrita y oral), pues, por razones que escapan a mi comprensión, ni siquiera ha sido mencionado en la presente Opinión consultiva de la Corte. Significativamente, ese sufrimiento de la población de Kosovo ha encontrado ahora reconocimiento judicial, que pasaré a considerar a continuación.

X. Reconocimiento judicial de las atrocidades en Kosovo

156. Como ya se indicó, la reciente decisión del TPIY (Sala de Primera Instancia) en la causa *Milutinovic y otros* (2009), fue efectivamente mencionada, en el curso de las fases escrita y oral del presente procedimiento ante la CIJ, por varios participantes (véase *supra*). Una cuidadosa lectura de la sentencia del TPIY (Sala de Primera Instancia) de 26 de febrero de 2009 revela hechos, determinados por dicha sentencias, que me parecen pertinentes para la CIJ a los efectos de la opinión consultiva solicitada. La Sala de Primera Instancia del TPIY dedicó mucha atención a las atrocidades perpetradas en Kosovo a lo largo del decenio de 1990. En mi opinión, la CIJ, en la misma línea de pensamiento, no puede hacer abstracción de ellos.

157. En su sentencia de 26 de febrero de 2009 en la causa *Milutinovic y otros*, la Sala de Primera Instancia del TPIY determinó que había habido en Kosovo, en el período de que se trataba, una “empresa criminal conjunta”, con la intención de cometer crímenes o encubrirlos (párrs. 95 y 96). Los grupos tomados como objetivo – las víctimas – eran civiles (párr. 145). Mediante la supresión de la autonomía de Kosovo y la mencionada “empresa criminal conjunta”, Kosovo fue colocado firmemente bajo el control de las autoridades serbias, y la población albanesa de Kosovo pasó a ser objeto de prácticas represivas y discriminatorias, que llevaron al surgimiento del ELK (párrs. 211 a 213 y 222). En 1990, Kosovo ya se había convertido en un “Estado policial”, con detenciones y restricciones a la libertad de información; en 1991, profesores y funcionarios de la Universidad de Pristina fueron destituidos y reemplazados por no albaneses (párrs. 224 y 225). Para entonces, ya se había impuesto un sistema de discriminación contra los trabajadores albaneses de Kosovo, que se mantuvo durante todo el decenio de 1990 (párrs. 226 a 228).

158. La discriminación sancionada por el Estado tuvo lugar incluso en los lugares de trabajo, en las relaciones laborales; en las Naciones Unidas se informó en 1992 del “despido de miles de trabajadores albaneses de Kosovo, y el efecto de la ‘Ley sobre las relaciones laborales en circunstancias especiales’”, así como “las medidas tomadas por las autoridades de Serbia en Kosovo” (párrs. 229 y 230). A partir de 1989, “se instituyeron leyes, políticas y prácticas que discriminaban contra los albaneses, alimentando el resentimiento local y los sentimientos de persecución” (párr. 237). Esos temores se incrementaron en 1996, con el surgimiento del ELK, y sus acciones posteriores (párr. 237).

159. Además, reinaba la impunidad, pues el sistema judicial local no era eficaz “en la

¹⁷⁵ CIJ, doc. CR 2009/32, de 10.12.2009, págs. 42, 50 y 54.

investigación, el enjuiciamiento y el castigo de los responsables de la comisión de crímenes graves contra la población civil” (párr. 569). Como resultado de todo ello, y particularmente de “la fuerza excesiva e indiscriminada usada por las fuerzas de la República Federativa de Yugoslavia y Serbia en 1998”, se produjo un desplazamiento forzoso masivo: las Naciones Unidas (su Alta Comisionada para los Derechos Humanos) estimaron que 285.500 personas habían sido desplazadas internamente hacia finales de 1998 (párrs. 913 y 918 y 919). En su resolución 1199 (1998), de 23.09.1998, el Consejo de Seguridad expresó su “grave preocupación” por “el uso excesivo e indiscriminado de la fuerza por las fuerzas de seguridad serbias y por el ejército yugoslavo” (párr. 916). La Sala de Primera Instancia del TPIY estableció que había ocurrido un conflicto armado sobre el territorio de Kosovo en 1998-1999 (párr. 1217).

160. En último lugar, pero no menos importante, la Sala de Primera Instancia del TPIY consideró adecuado referirse también a los esfuerzos emprendidos para llegar a la solución pacífica de la crisis humanitaria de Kosovo. Recordó, a este respecto, que, en la Conferencia de Rambouillet (1999), los kosovares de origen étnico albanés – a diferencia de S. Milosevic por Serbia – firmaron el acuerdo sólo después de la inclusión del Capítulo 8, que preveía que se tuviera en cuenta, para la determinación del estatuto de Kosovo, ante todo, “la voluntad del pueblo de Kosovo” (párr. 401).

XI. Pruebas adicionales de las atrocidades en Kosovo: la centralidad de los sufrimientos del pueblo

161. Las pruebas sustanciales obtenidas por el TPIY en su sentencia de 26 de febrero de 2009 en la causa *Milutinovic y otros* (2009), no son en modo alguno las únicas. En las detalladas observaciones escritas (de 17.07.2009) de Eslovenia, presentadas esta Corte, figura una detallada relación de las sistemáticas y manifiestas violaciones de los derechos de los trabajadores de Kosovo (desde 1990), con flagrante violación del principio fundamental de igualdad y no discriminación, y asimismo con “violación de los principios del estado de derecho”. Se podría hacer referencia a otras fuentes¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Por ejemplo, Amnistía Internacional inició su Informe sobre Kosovo de 24.07.2006 con la advertencia de que el “respeto de los derechos humanos de todos, sin discriminación, debería estar en el corazón del proceso de conversaciones. Ésa debería ser una consideración central y unificadora en todas las decisiones y acuerdos acerca del futuro de Kosovo” (párr. 1). Casi un año después, en su siguiente Informe sobre Kosovo, de mayo de 2007, Amnistía Internacional, refiriéndose al desplazamiento forzoso de personas en curso, advirtió asimismo que “[a]demás de los ataques por motivos étnicos que se están cometiendo, la impunidad por la violencia interétnica del pasado – que comprendía crímenes de guerra, y en particular la impunidad por ‘desapariciones’ y secuestros, y la continua impunidad para los perpetradores de la violencia étnica de marzo de 2004 – sigue constituyendo una barrera masiva para el retorno de las minorías” (par. 3.2). – Por su parte, el Informe de 1999 de la Misión de Verificación en Kosovo de la OSCE hizo una relación de sus constataciones en el período comprendido entre octubre de 1998 y junio de 1999. En su prólogo, la magistrada Louise Arbour advirtió que “la violencia en Kosovo fue horrorosa, y una vez más resultó devastadora para las numerosas personas comunes que fueron sus víctimas” (pág. 1). Las atrocidades comprendieron arrestos y detenciones arbitrarios, denegación de juicio justo, torturas, violaciones y otras formas de violencia sexual (a veces aplicada como arma de guerra), matanzas, toma de niños como objetivos, expulsión forzosa a escala masiva, destrucción de bienes y saqueo – todos ellos “sumamente organizados y sistemáticos”. Se perpetraron actos de suma violencia, por ejemplo, en Rogovo, Rakovina, Kacanik, Raçak, Pristina. Según el Informe de la OSCE, hasta junio de 1999 más del 90% de la población de origen étnico albanés de Kosovo (más de 1,45 millones de personas) habían sido desplazados por el conflicto. En su resumen (pág. 2), el mismo Informe puso de relieve que “[p]or parte de las fuerzas yugoslavas y serbias, su intención de aplicar las matanzas en masa como instrumento de terror, coerción o castigo contra los kosovares de origen étnico albanés ya era evidente en 1998, y fue conmovedoramente demostrada por los

162. El argumento de que ha pasado un decenio desde la violencia de máxima intensidad de 1998-1999 y el “conflicto ha terminado”, en cierta forma “sepultado” en el olvido, y que hoy hay paz en Kosovo y la represión mencionada pertenece al pasado, es, en mi opinión, superficial, si no insostenible. Lleva precisamente a enfocar el asunto desde un punto de vista “técnico”, haciendo abstracción de los sufrimientos humanos del pasado reciente. Los efectos de la opresión siguen estando presentes y explican la declaración de independencia de Kosovo el 17 de febrero de 2008. No es posible borrar las violaciones masivas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario del pasado reciente, invocando el paso del tiempo. A este respecto, en las observaciones escritas que presentó a esta Corte, Francia ha considerado correctamente que

“[c]ualesquiera sean los cambios políticos operados en Serbia desde la caída del régimen de Milosevic, los traumas y las cicatrices del pasado distaban (y aún distan) mucho de haberse curado. La brutal represión – y los crímenes internacionales que la acompañaron – a que estuvo sometida la población de Kosovo en 1998-1999 no puede menos que impedir que ésta contemple un futuro dentro del Estado serbio, por lo profundas que eran (y siguen siendo) las heridas psicológicas y lo grabada en las mentes que estaba (y sigue estando) la memoria de las atrocidades cometidas. Hay crímenes que no pueden desaparecer de la memoria individual y colectiva” (párr. 18).

163. Tratar de hacer abstracción del sufrimiento del pueblo o la población de Kosovo en los años de represión es un ejercicio ilusorio. Se necesitará mucho tiempo para que se curen las cicatrices del derramamiento de sangre; se necesitarán generaciones enteras. A este respecto, la experiencia de la reciente decisión por tribunales internacionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de *casos de masacres* planteados ante ellos, contiene lecciones invaluable, dignas de atención y merecedoras de ser recordadas a este respecto. Una de esas lecciones radica en el realce de la *centralidad* de la posición de los que han sido victimizados por la crueldad humana, y de su sufrimiento.

164. Para recordar sólo un ejemplo del reciente ciclo de *casos de masacres* planteados ante tribunales internacionales de derechos humanos y decididos por ellos (un notorio avance respecto del viejo ideal de la realización de la justicia internacional), en el caso de la *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, la masacre de los miembros de dicha Comunidad (por perpetradores organizados, entrenados y armados por el Estado) había tenido lugar a finales de 1986, pero su caso, presentado ante la Corte Interamericana de Derechos

incidentes de enero de 1999 (incluidas las matanzas en masa de Raçak y hechos posteriores)”. – A su vez, el Informe de Human Rights Watch sobre las violaciones del derecho humanitario en Kosovo, que abarca el período comprendido entre febrero y septiembre de 1998, hizo una relación detallada de las graves violaciones del derecho internacional humanitario que se cometieron (desapariciones forzadas, matanzas, destrucción de aldeas, arrestos arbitrarios, saqueo de hogares por la policía, quema de cosechas, toma de rehenes y ejecuciones extrajudiciales), victimizando sobre todo a civiles, e incluso “ataques indiscriminados a mujeres y niños” 176. Las fuerzas especiales de policía actuaron de manera planificada, rápida y bien organizada, y “no se hizo la autopsia de ninguna de las víctimas” 176. Hubo una pauta sostenida de graves crímenes (debidamente denunciados) cometidas por la policía especial serbia, en distintas localidades de Kosovo 176. En resumen, el Informe atribuyó la mayoría de esos actos de brutalidad a las fuerzas gubernamentales de la policía especial serbia (MUP) y el Ejército yugoslavo (VJ), bajo el mando del Presidente de Yugoslavia Slobodan Milosevic; atribuyó la violencia también, en “menor escala”, a la insurgencia de Los kosovares de origen étnico albanés, el Ejército de Liberación de Kosovo (ELK), y añadió: – “La responsabilidad primaria por los manifiestos abusos gubernamentales incumbe a Slobodan Milosevic, que llegó al poder a finales del decenio de 1980 incitando el chauvinismo nacionalista serbio en torno a la cuestión de Kosovo”; Human Rights Watch, *Humanitarian Law Violations in Kosovo*, Londres/N.Y., HRW, 1998, págs. 3 a 22 y 26 a 65.

Humanos, fue decidido por la Corte recién dos decenios después, (Sentencia sobre el fondo, de 15.06.2005). En mi opinión separada en el caso de la *Comunidad Moiwana*, estimé adecuado reflexionar lo siguiente:

“Las circunstancias del presente caso de *Comunidad Moiwana vs. Suriname* invita a una breve reflexión, más allá de sus límites. Desde antes, como también con posterioridad, de que Suriname lograre su condición de Estado, la existencia de las comunidades Maroon (como los Saramakas en el caso *Aloeboetoe* y los N’djukas en el presente caso de la *Comunidad Moiwana* sometido ante esta Corte) ha estado marcada por sufrimiento en su constante lucha contra las distintas formas de dominación.

La proyección del sufrimiento humano en el tiempo (en su dimensión temporal) está reconocida, por ejemplo, en el documento final de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas conexas de Intolerancia (Durban, 2001), su Declaración y Programa de Acción. Al respecto, dicha declaración comienza afirmando que

“Somos conscientes de que la historia de la humanidad está repleta de grandes atrocidades resultantes de violaciones manifiestas de los derechos humanos y pensamos que puede aprenderse de la historia, rememorándola, para evitar futuras tragedias” (párr.57).

Luego, subraya “la importancia y la necesidad de enseñar los hechos y la verdad de la historia de la humanidad” a fin de “llegar a conocer de manera amplia y objetiva las tragedias del pasado” (párr.98). En esta línea de razonamiento, el documento final de Durban reconoce y profundamente lamenta “los masivos sufrimientos humanos y el trágico padecimiento de millones de hombres, mujeres y niños causado por la esclavitud” y luego hace un llamamiento a los Estados interesados “para que honren la memoria de las víctimas de tragedias pasadas ” y afirma que donde quiera y cuando quiera que hubieran ocurrido “deben ser condenados y ha de impedirse que ocurran de nuevo” (párr.99).

El documento final de la Conferencia de Durban atribuye gran importancia a recordar los crímenes y abusos del pasado, en términos enfáticos como:

‘Subrayamos que recordar los crímenes e injusticias del pasado, cuando quiera y dondequiera que ocurrieron, condenar inequívocamente las tragedias racistas y decir la verdad sobre la historia son elementos esenciales para la reconciliación internacional y la creación de sociedades basadas en la justicia, la igualdad y la solidaridad’ (párr.106). (...)

En el presente caso de la *Comunidad Moiwana*, la *discapacidad*, o el sufrimiento, de los sobrevivientes de la masacre y los parientes cercanos de las víctimas directas de la masacre del 29 de noviembre de 1986 en la comunidad N’djuka Maroon de Moiwana, es espiritual. Según su cultura, permanecen aún atormentados por las circunstancias en que sucedieron las violentas muertes de sus seres queridos y por el hecho de que los fallecidos no tuvieron un entierro adecuado. Esta privación, que genera sufrimiento espiritual, ha durado casi veinte años, desde el momento de la masacre de 1986, en la que se vio comprometida la responsabilidad del Estado, hasta ahora. Los N’djukas no han olvidado a sus muertos. (...) Ni tampoco pueden hacerlo. (...)

Por primera vez en casi dos décadas, desde la masacre ocurrida en la aldea de Moiwana en 1986, los sobrevivientes encontraron reparación con la presente Sentencia de la Corte Interamericana. Durante este tiempo, los N'djuka no olvidaron, ni pudieron olvidar, a los seres queridos inocentes e indefensos que fueron asesinados a sangre fría. Nunca los olvidarán, pero su sufrimiento – el de ellos junto con el de los muertos – ha sido al menos reconocido ante la justicia. Su tan esperado deseo de justicia ha sido ahora cumplido, para que puedan descansar en paz junto a los seres queridos asesinados.

(...) la ceguera habitual de los que detentan el poder respecto de los valores humanos no ha logrado – ni nunca logrará – evitar que el pensamiento humano se extienda en la concepción de mortalidad humana a fin de reflejar los enigmas de la existencia y la muerte. (...)

El pensamiento humano respecto de la mortalidad, de hecho, ha estado presente en la humanidad en todas las épocas y culturas. En los tiempos del paleolítico, se hacía culto a la memoria y en los tiempos egipcios, los vivos y los muertos permanecían juntos¹⁷⁷. En la antigua Grecia, surgió un nuevo sentimiento respecto del destino *post mortem*¹⁷⁸. Solo es necesario recordar, como dos ejemplos, entre muchos otros, a saber, la contribución de Platón al garantizar la continuidad de la experiencia humana a través de la inmortalidad y la trasmigración del alma y la contribución de Buda respecto de la separación del sufrimiento humano de, desde su punto de vista lo que lo originaba, los deseos¹⁷⁹. El mito de la “vuelta eterna” (o repetición), tan conocida en las sociedades antiguas (como en Grecia) que otorgaba en el tiempo una estructura cíclica, intentando anular (incluso abolir) la irreversibilidad del paso del tiempo, a fin de contener o mantener su acrimonia y alentar su regeneración¹⁸⁰.

En tiempos modernos, sin embargo, los seres humanos se integraron, inevitablemente, en la historia y en la idea de “progreso”, que suponía “el abandono definitivo del paraíso de los arquetipos y de la repetición”¹⁸¹, propio de culturas y religiones antiguas. En el mundo occidental, en el siglo XX, prevaleció la actitud de evitar, claramente, referirse a la muerte; dominó el “gran silencio” sobre la muerte¹⁸². Las sociedades occidentales contemporáneas “prohibieron” el estudio de la muerte al mismo tiempo que alentaban el hedonismo y el bienestar material¹⁸³.

Mientras que las antiguas culturas eran muy respetuosas de los mayores, las sociedades “modernas” trataron, en cambio, de dejarlos de lado¹⁸⁴. Las culturas antiguas atribuían gran importancia a las relaciones entre los vivos y los muertos y la misma muerte como parte de la vida. Las sociedades modernas trataron en vano de minimizar o ignorar la muerte de manera casi patética. En la actualidad, existe un

¹⁷⁷ J.L. de León Azcárate, *La Muerte y Su Imaginario en la Historia de las Religiones*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2000, págs. 24 y 25, 37, 50 y 51 y 75.

¹⁷⁸ *Ibid.*, pág. 123 y 130.

¹⁷⁹ J.P. Carse, *Muerte y Existencia - Una Historia Conceptual de la Mortalidad Humana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, págs. 85 y 167.

¹⁸⁰ M. Eliade, *El Mito del Eterno Retorno*, Madrid/Buenos Aires, Alianza Ed./Emecé Ed., 2004, pág. 90 y 91.

¹⁸¹ *Ibid.*, pág. 156.

¹⁸² Ph. Ariès, *Morir en Occidente desde la Edad Media hasta Nuestros Días*, Buenos Aires, A. Hidalgo Ed., 2000 (reed.), pág. 196 a 199 y véanse págs. 213 y 238.

¹⁸³ *Ibid.*, pág. 251.

¹⁸⁴ Cfr. [Autores varios] *Diálogo entre Civilizaciones- La Mesa Redonda en la Vispera de la Cumbre del Milenio de Naciones Unidas*; París, UNESCO, 2001, pág. 84 (intervención de E. Morin).

incentivo, simplemente, para olvidar (...)”¹⁸⁵.

165. En la presente Opinión consultiva, la CIJ no debería haber eludido, como lo hizo, la consideración de los hechos – las atrocidades sufridas por el pueblo de Kosovo en el decenio 1989-1999 – que llevaron a la aprobación por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de su resolución 1244 (1999). Se tomó nota de esos antecedentes de hecho en varias resoluciones anteriores del propio Consejo de Seguridad, así como de la Asamblea General y el Consejo Económico y Social, y en informes del Secretario General de las Naciones Unidas. No se puede evitar la luz del sol vendándose los ojos. Esos antecedentes de hecho han sido debidamente capturados por la conciencia humana, por las Naciones Unidas en su conjunto – tanto si la CIJ los elude como si no lo hace. Es de gran importancia mantener presente la *grave tragedia humanitaria* de Kosovo, a fin de evitar que en el futuro se repitan los crímenes de lesa humanidad allí cometidos en el curso de un decenio.

166. A esta altura de mi opinión separada en la presente Opinión consultiva de la CIJ, me permito resumir los antecedentes de hecho y el contexto de la presente solicitud de opinión consultiva de la CIJ. Como señalaron varios participantes en sus exposiciones y observaciones escritas, así como en el curso de sus argumentos orales en las audiencias públicas ante esta Corte, la eliminación por la fuerza, en 1989, por las autoridades de Serbia, de la autonomía de Kosovo, llevó a la catástrofe humanitaria, que llegó al punto de mayor tensión en 1998-1999. Durante esa catástrofe, se cometieron graves y sucesivas violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, entre ellas, matanzas en masa, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, depuración étnica, corrientes masivas de refugiados, desplazamiento forzoso masivo de grandes sectores de la población. Más de 1,5 millones de kosovares de origen étnico albanés fueron expulsados por la fuerza de sus hogares.

167. Hubo violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos humanos, que comprendieron torturas y violaciones, desaparición forzada de personas, secuestros, ataques indiscriminados a las mujeres, toma de niños como objetivos, toma de rehenes, arrestos arbitrarios, ejecuciones sumarias y extrajudiciales, a manos de fuerzas serbias y paramilitares. También hubo destrucción de bienes, saqueo de hogares por la policía, quema de cosechas – todo ello sumamente organizado y sistemático.

168. La discriminación sancionada por el Estado tuvo lugar en los lugares de trabajo, en las relaciones laborales, en la salud pública y en la educación. Dejaron de satisfacerse las necesidades básicas de la población, como resultado de la discriminación sancionada por el Estado. El sistema judicial no funcionaba y reinaba una impunidad total. Se produjeron (a partir de 1990) violaciones sistemáticas y manifiestas de los derechos de los trabajadores en Kosovo con flagrante violación del principio fundamental de igualdad y no discriminación, y como otra violación del estado de derecho. Como la violencia engendra violencia, a partir de mediados del decenio de 1990 la violencia del ELK se añadió al contexto de perturbación social en Kosovo. La opresión generalizada planificada por el Estado creó una atmósfera de terror, y llevó a la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, a fin de atender las acuciantes necesidades cotidianas del “pueblo” o la “población” de Kosovo.

¹⁸⁵ CorteIDH, caso de la *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, Sentencia (fondo) de 15.06.2005, Serie C, núm. 124, opinión separada del magistrado A.A. Cançado Trindade, párrs. 24 a 27, 29 y 30, 33 y 35 a 38.

XII. El enfoque centrado en el pueblo en el derecho internacional contemporáneo

1. Nuevo examen del “pueblo” o la “población” y la condición de Estado

169. En el pasado, la doctrina especializada sobre la calidad de Estado parecía obsesionada con uno de los elementos constitutivos de la calidad de Estado, a saber, el territorio. Las obsesiones del pasado con el territorio pasaron a reflejarse, en la profesión jurídica, en la proliferación de escritos sobre el asunto, en particular sobre la adquisición de territorios. Esas obsesiones del pasado llevaron a la perpetración de los abusos del colonialismo, y otras formas de dominación u opresión. Todo ello ocurría en una época en la que el derecho internacional se enfocaba desde la perspectiva estricta y reduccionista de las relaciones interestatales, pasando por alto – o incluso aparentemente olvidando – las necesidades y legítimas aspiraciones de los pueblos subyugados.

170. Los requisitos para la calidad de Estado en derecho internacional siguen siendo los de un derecho internacional objetivo, independientemente de la “voluntad” de Estados individuales. En cuanto a los requisitos clásicos de la calidad de Estado, el hincapié se ha ido desplazando gradualmente del elemento del territorio al del sistema normativo¹⁸⁶. En tiempos más recientes, ha pasado al de la población – de acuerdo con lo que yo denominaría el enfoque centrado en el pueblo en el derecho internacional contemporáneo, – reflejando el actual proceso de su *humanización*, como he sostenido durante muchos años. De hecho, el derecho de gentes nunca perdió de vista este elemento constitutivo – el más precioso – de la calidad de Estado: la “población” o el “pueblo”, independientemente de las dificultades del pensamiento jurídico internacional¹⁸⁷ para llegar a una definición universalmente aceptada de lo que significa “pueblo”.

171. Incluso algunos ejercicios del pasado, – que han demostrado ser duraderos y siguen siendo valiosos – revelaron una preocupación por las condiciones de vida del “pueblo” o la “población”, en un esfuerzo que en su tiempo tal vez no fue captado con suficiente claridad. Por ejemplo, la célebre Convención de Montevideo de 1933 sobre los derechos y deberes de los Estados fue adoptada en la VII Conferencia Internacional de los Estados Americanos, como el logro más significativo de una iniciativa latinoamericana impulsada por un resentimiento regional contra las políticas intervencionistas (y algunas políticas comerciales). Las *Actas* de la Conferencia de Montevideo revelan que los trabajos preparatorios de la mencionada Convención de 1933 estuvieron marcados por la invocación de principios de derecho internacional, de modo de proteger a las “naciones pequeñas o débiles”¹⁸⁸.

172. Esos principios emanaban de la “conciencia jurídica” del continente¹⁸⁹. En el curso de los debates de dicha Conferencia sobre el proyecto de Convención, hubo efectivamente

¹⁸⁶ Véase, por ejemplo, K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 2ª ed., Ginebra, Droz, 1968, págs. 1 a 619.

¹⁸⁷ Los esfuerzos de conceptualización de “pueblo”, en relación con el ejercicio de la libre determinación en derecho internacional, han dado lugar en los últimos decenios a muchos debates, que, empero, hasta la fecha siguen siendo inconcluyentes. Véase, sobre este punto en particular, por ejemplo, J. Summers, *Peoples and International Law*, Leiden, Nijhoff, 2007, págs. XXXIII, 26, 73, 164, 174 y 175, 244 y 245, 269 y 270, 306, 314 y 404.

¹⁸⁸ [*Actas de la VII Conferencia Internacional Americana (1933)* – II Comisión: intervenciones de Haití (págs. 12 y 13), Nicaragua (págs. 15 y 60 y 61), Ecuador (pág. 34), Argentina (págs. 38 y 40 y 41), El Salvador (pág. 52) y Cuba (pág. 60) [documento original depositado en la Biblioteca Colón – OEA, Washington D.C.; hay una copia del documento en mi archivo].

¹⁸⁹ *Ibid.*, intervenciones de Colombia (págs. 43 a 45 y 57 a 59), Brasil (pág. 55), Nicaragua (págs. 62 y 63 y 72) y Uruguay (págs. 65 a 67).

reiteradas expresiones de preocupación por las condiciones de vida de los *pueblos* (*peoples*) del continente¹⁹⁰. Así pues, no es para nada sorprendente que la Convención de Montevideo de 1933, adoptada el 26.12.1933 (y entrada en vigor el 26.12.1934), al abordar los requisitos de la calidad de Estado, ya en ese tiempo se haya referido *primero* a la población, y después a los demás elementos. En los términos de su artículo I,

“El Estado como persona de derecho internacional debe reunir los siguientes requisitos:

- I. Población permanente.
- II. Territorio determinado.
- III. Gobierno; y
- IV. Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados”.

2. El principio de la libre determinación de los pueblos sometidos a una adversidad prolongada o una opresión sistemática

173. En nuestra edad del advenimiento de las organizaciones internacionales, los anteriores experimentos del sistema de mandatos (en la era de la Sociedad de las Naciones) y del sistema de administración fiduciaria (en las Naciones Unidas), a los que pueden añadirse los experimentos contemporáneos (y distintos) de administración internacional de territorios por las Naciones Unidas (como los de Kosovo y Timor Oriental), tienen un denominador común: la preocupación por las condiciones de vida, el bienestar y el desarrollo humano de los pueblos en cuestión, de modo de liberarlos de los abusos del pasado, y capacitarlos para que puedan ser dueños de su propio destino (véase *supra*).

174. El proceso histórico de emancipación de los pueblos en el pasado reciente (desde mediados del siglo XX en adelante) llegó a identificarse como una emanación del principio de libre determinación, más precisamente la libre determinación externa. Enfrentó y superó la opresión de los pueblos tan generalmente conocida en esa época. Se generalizó en el proceso histórico de descolonización. Más adelante, con la recurrencia de la opresión manifestada en otras formas, y dentro de Estados independientes, la emancipación de los pueblos llegó a inspirarse en el principio de libre determinación, más precisamente la libre determinación interna, de modo de oponerse a la tiranía.

175. Como la naturaleza humana es como es, la opresión sistemática ha ocurrido nuevamente, en distintos contextos; de allí la recurrencia de la necesidad, y del derecho, del pueblo a liberarse de ella. El principio de libre determinación ha sobrevivido a la descolonización, a fin de enfrentar hoy a nuevas y violentas manifestaciones de opresión sistemática de los pueblos. Así pues, la administración internacional de territorios ha surgido en la práctica de las Naciones Unidas (en distintos contextos con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas, como, por ejemplo, en Timor Oriental y en Kosovo). Es irrelevante si, en el marco de esos nuevos experimentos, a la libre determinación se le añade el calificativo de “correctiva”, u otro calificativo. Lo cierto es que ningún pueblo puede ser tomado como objetivo de atrocidades, no puede vivir bajo una opresión sistemática. El principio de libre determinación se aplica en nuevas situaciones de opresión sistemática, subyugación y tiranía.

176. Ningún Estado puede invocar la integridad territorial a fin de cometer atrocidades (como las prácticas de tortura y depuración étnica, y el desplazamiento forzoso masivo de la población), ni perpetrarlas a partir de la presunción de la soberanía del Estado, ni cometer atrocidades y luego basarse en una pretensión de integridad territorial a pesar de

¹⁹⁰ *Ibid.*, intervenciones de México (págs. 20 y 21), Ecuador (pág. 34), Chile (pág. 48) y Nicaragua (págs. 62 y 63).

los sentimientos y los inevitables resentimientos del “pueblo” o “población” victimizado. Lo que ha ocurrido en Kosovo es que el “pueblo” o “población” victimizado ha procurado la independencia, en reacción contra el terror y la opresión sistemáticos y prolongados, perpetrados con flagrante violación del principio fundamental de igualdad y no discriminación (véase *infra*). La enseñanza básica es clara: ningún Estado puede usar el territorio para destruir a la población. Esas atrocidades representan una absurda inversión de los fines del Estado, que fue creado y existe para los seres humanos, y no viceversa.

XIII. Los principios del derecho internacional, el derecho de las Naciones Unidas y los fines humanos del Estado

1. La integridad territorial en el marco de esos fines humanos

177. Durante los cuatro últimos decenios, se ha prestado una creciente atención al tratamiento dispensado por los Estados a las respectivas poblaciones. Esto ha pasado a ser un asunto de incumbencia del derecho internacional contemporáneo. El debate sobre la seguridad *humana* ha tenido eco en la Asamblea General de las Naciones Unidas a lo largo del último decenio, recordando a los Estados que tienen el deber *de proteger y empoderar* a sus habitantes. No pueden llevar a cabo actividades criminales contra su población. La conciencia humana se ha despertado nuevamente para responder a la apremiante necesidad de asegurar que los abusos del pasado y el presente no vuelvan a cometerse en el futuro, en detrimento de la población. A este respecto, cabe recordar dos ilustraciones.

178. La célebre resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1970, que contiene la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas¹⁹¹, dice en el párrafo 5 7):

“Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta *acción alguna* encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes *que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción de raza, credo o color*” [cursivas añadidas].

179. La Corte podía, y debía, haber prestado una estrecha atención a este párrafo en particular de la Declaración de Principios de las Naciones Unidas, cuando recordó otro pasaje de la Declaración de 1970 en el párrafo 80 de la presente Opinión consultiva sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia relativa a Kosovo*. Después de todo, este párrafo de la Declaración de Principios de las Naciones Unidas tiene una directa incidencia en la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General, y al menos debería haber sido considerado junto con el párrafo al que la Corte estimó oportuno hacer referencia. La relevancia del cumplimiento del principio de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos, en relación con la integridad territorial de los Estados, como se enuncia en el párrafo 5 7) de la Declaración de 1970, no ha pasado inadvertida a lo largo de los años para la doctrina especializada en relación con

¹⁹¹ En adelante mencionada como la “Declaración de Principios de las Naciones Unidas de 1970”.

este tema en particular¹⁹².

180. Así pues, en consonancia con las consideraciones que anteceden, el gobierno de un Estado que incurre en graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos deja de representar al pueblo o población victimizado. Este entendimiento ha sido reiterado, en términos aún más enérgicos, en el resultado de la Segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena, por la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 (párrafo 2), que lo reformula así:

“(…) La Conferencia considera que la denegación del derecho a la libre determinación constituye una violación de los derechos humanos y subraya la importancia de la realización efectiva de este derecho.

Con arreglo a la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, nada de lo anterior se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política 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 y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción alguna*” [cursivas añadidas].

181. El documento final de una memorable Conferencia Mundial de las Naciones Unidas – la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 – fue más allá que la Declaración de Principios de 1970, al proscribir la discriminación *de todo tipo* [en inglés, “without distinction of any kind”; en español, “sin distinción alguna”]. Las violaciones masivas de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario a que estuvieron sometidos los kosovares de origen étnico albanés en el decenio de 1990 cumplen el criterio básico enunciado en la Declaración de Principios de las Naciones Unidas de 1970, cuyo alcance fue ampliado en el documento final de 1993 de la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Surgió el derecho a la libre determinación de la población victimizada, y al mismo tiempo los victimarios intencionales ya no podían invocar la pretensión de integridad territorial.

2. La superación del paradigma interestatal en el derecho internacional

182. Los principios del derecho internacional, formulados en la Carta de las Naciones Unidas (Artículo 2) y reformulados en la Declaración de Principios de las Naciones Unidas de 1970, además de mantener su plena validez en nuestros días, han tenido significativas proyecciones en el tiempo, acompañando *pari passu* la evolución del derecho internacional mismo, y orientándola. Esto se aplica a los siete principios reformulados¹⁹³ en la

¹⁹² Véase, por ejemplo, Milan Sahovic, “Codification des principes du Droit international des relations amicales et de la coopération entre les États”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1972), vol. 137, págs. 295 y 298; O. Sukovic, “Principle of Equal Rights and Self-Determination of Peoples”, en *Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation* (ed. M. Sahovic), Belgrado, Institute of International Politics and Economics/Oceana, 1972, págs. 338 a 341, 346 y 347 y 369 a 373; G. Arangio-Ruiz, *The U.N. Declaration on Friendly Relations and the System of the Sources of International Law*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff/Noordhoff, 1979, págs. 135 y 136 y 140 y 141; P. Thornberry, “The Principle of Self-Determination”, en *The United Nations and the Principles of International Law – Essays in Memory of M. Akehurst* (eds. V. Lowe y C. Warbrick), Londres/N.Y., Routledge, 1994, págs. 176 y 192 a 195.

¹⁹³ A saber: 1) el principio de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; 2) el principio de la solución pacífica de las controversias; 3) el principio de no

Declaración de Principios de 1970 (a los que la CIJ ha prestado atención en su jurisprudencia)¹⁹⁴, incluido *el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos*, apuntando hacia la superación de la tradicional dimensión interestatal del derecho internacional.

183. En la reformulación del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos por la Declaración de los Principios del derecho internacional de las Naciones Unidas de 1970, se explicó que incluso un territorio no autónomo (con arreglo al Capítulo XI de la Carta de las Naciones Unidas) tiene una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra, hasta que el pueblo que vive en él haya ejercido su derecho de libre determinación de conformidad con los principios y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas¹⁹⁵.

184. Recientes desarrollos del derecho internacional contemporáneo llevaron a revelar las dimensiones *externa e interna* del derecho a la libre determinación de los pueblos: la primera significa el derecho de todo pueblo a estar libre de toda forma de dominación extranjera, y la segunda se refiere al derecho de todo pueblo a elegir su destino de conformidad con su propia voluntad, de ser necesario – en caso de opresión y subyugación sistemáticas – contra su propio gobierno. Esta distinción¹⁹⁶ impugna el paradigma puramente interestatal del derecho internacional clásico. En la evolución actual del derecho internacional, la práctica internacional (de los Estados y de las organizaciones internacionales) brinda apoyo al ejercicio de la libre determinación por los pueblos¹⁹⁷ que están bajo una permanente adversidad o una represión sistemática, más allá de los confines tradicionales del proceso histórico de descolonización. El derecho internacional contemporáneo ya no es más insensible a los cuadros de opresión y subyugación sistemáticas.

185. El surgimiento y la evolución del derecho internacional de los derechos humanos llevó a concentrar una mayor atención en el tratamiento dispensado por el Estado a todos los seres humanos bajo su jurisdicción, en las *condiciones de vida* de la población, en

intervención en los asuntos internos de los Estados; 4) la obligación de los Estados de cooperar entre sí de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas; 5) el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos; 6) el principio de la igualdad soberana de los Estados, y 7) el principio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁹⁴ Como, por ejemplo, según es bien conocido, en su opinión consultiva sobre el Sáhara Occidental de 1975, y en sus sentencias en la causa de Nicaragua c. Estados Unidos, de 1986, y en la causa relativa a Timor Oriental, de 1995.

¹⁹⁵ La condición jurídica internacional de ese territorio (con arreglo al Capítulo XI de la Carta de las Naciones Unidas) genera análogamente obligaciones de respeto del derecho a la libre determinación del pueblo que vive en él, así como de salvaguardia de los derechos humanos de sus habitantes; véase, a este respecto, por ejemplo, I. Brownlie, "The Rights of Peoples in Modern International Law", en *The Rights of Peoples* (ed. J. Crawford), Oxford, Clarendon Press, 1988, págs. 1 a 16; [Autores varios] *Les résolutions dans la formation du droit international du développement (Colloque de 1970)*, Ginebra, IUHEI, 1971, págs. 63 a 67.

¹⁹⁶ Aceptada por la doctrina especializada; véase, por ejemplo, A. Cassese, *Self-Determination of Peoples – A Legal Reappraisal*, Cambridge, University Press, 1995, págs. 1 a 365; P. Thornberry, "The Principle of Self-Determination", en *The United Nations and the Principles of International Law...*, op. cit. supra n. (192), págs. 175 a 203; Ch. Tomuschat, "Self-Determination in a Post-Colonial World", en *Modern Law of Self-Determination* (ed. Ch. Tomuschat), Dordrecht, Nijhoff, 1993, págs. 1 a 20; A. Rosas, "Internal Self-Determination", en *ibid.*, págs. 225 a 251; J. Salmon, "Internal Aspects of the Right to Self-Determination: Towards a Democratic Legitimacy Principle?", en *ibid.*, págs. 253 a 282.

¹⁹⁷ Véase, sobre el punto, por ejemplo, Naciones Unidas, *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos de derechos humanos creados por tratados*, Documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.3, de 15.08.1997, págs. 15 y 16, párrs. 1 y 2 y 6.

suma, en la función del Estado como promotor del bien común. Si puede hacerse un resumen del legado de la Segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (1993) convocada por las Naciones Unidas, seguramente radica en el reconocimiento de *la legitimidad de la preocupación de la comunidad internacional en su conjunto por las condiciones de vida de la población en todas partes y en todo momento*¹⁹⁸, con especial atención a quienes están en situación de mayor vulnerabilidad y consiguientemente tienen mayor necesidad de protección. Más que eso, éste es el denominador común del reciente ciclo de conferencias mundiales de las Naciones Unidas a lo largo del decenio de 1990, que procuró armonizar el programa de las Naciones Unidas para los albores del siglo XXI. Irónicamente, mientras la comunidad internacional estaba dedicada a esa actividad, al mismo tiempo en Kosovo seguían perpetrándose prácticas discriminatorias y graves violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, y las noticias de dichas prácticas y violaciones pronto tuvieron eco en las Naciones Unidas.

186. Tanto el Consejo de Seguridad como la Asamblea General y otros órganos de las Naciones Unidas respondieron con prontitud al agravamiento de la *crisis humanitaria* en Kosovo, mediante una serie de resoluciones que aprobaron (véase *supra*). La resolución 1244 (1999) del propio Consejo de Seguridad, aprobada el 10 de junio de 1999, estableció la UNMIK, señalando a la atención la “grave situación humanitaria en Kosovo”¹⁹⁹, que representaba una “tragedia humanitaria”²⁰⁰. Condenó todos los actos de violencia contra la población de Kosovo, y la represión de dicha población²⁰¹. Pidió, con insistencia, el regreso voluntario y seguro a sus hogares de todos los refugiados y personas desplazadas²⁰².

187. Su principal preocupación tenía que ver con la población de Kosovo; así pues, decidió facilitar un “proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo”²⁰³. Con tal fin, y “hasta que se lleg[ase] a una solución definitiva”, decidió asimismo promover “una autonomía y un gobierno autónomo sustanciales en Kosovo”²⁰⁴. Consiguientemente, dos años después de la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, el Jefe de la UNMIK, Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas (Sr. H. Haekkerup), promulgó, el 15 de mayo de 2001, el recién creado “*Marco Constitucional para el autogobierno provisional en Kosovo*”²⁰⁵. La aprobación de este documento resultó de un diálogo concertado en que participaron la propia UNMIK, las autoridades de Kosovo y miembros de sus distintas comunidades; significativamente, el Marco Constitucional no estaba “conceptualmente vinculado” con ningún Estado, sino más bien dirigido a un “territorio internacionalizado”²⁰⁶.

188. El marco iba más allá del estricto paradigma interestatal en derecho internacional. El mencionado Marco Constitucional promovía el surgimiento de una “sociedad civil multiétnica”, guiada por los principios de protección a las comunidades nacionales y de

¹⁹⁸ A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2ª ed., vol. I, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, págs. 241 y 242; *ibid.*, 1ª ed., vol. II, 1999, págs. 263 a 276; *ibid.*, 1ª ed., vol. III, 2003, págs. 509 y 510.

¹⁹⁹ Cuarto párrafo del preámbulo.

²⁰⁰ Sexto párrafo del preámbulo.

²⁰¹ Quinto párrafo del preámbulo; párr. 3; Anexo 1; y Anexo 2, párr. 1.

²⁰² Séptimo párrafo del preámbulo; párrs. 9 c), 11 k) y 13; Anexo 1; Anexo 2 4) y 7).

²⁰³ Párr. 11 e).

²⁰⁴ Párr. 11 a).

²⁰⁵ Documento de las Naciones Unidas, Reglamento 2001/9 de la UNMIK.

²⁰⁶ Carsten Stahn, “Constitution without a State? Kosovo under the United Nations Constitutional Framework for Self-Government”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 14 (2001), págs. 542 y 544.

supervisión por el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas. En ese entendido, delegó a las instituciones locales de Kosovo partes de la responsabilidad que la propia UNMIK había asumido desde mediados de 1999, dando así un importante paso hacia el logro del autogobierno en Kosovo²⁰⁷. En el orden jurídico interno que se estaba desarrollando en Kosovo en su nueva era, se reservaba un papel clave a los principios fundamentales de igualdad y no discriminación, así como de humanidad (en el marco del *derecho de las Naciones Unidas*), que pasará a considerar ahora.

3. El principio fundamental de igualdad y no discriminación

189. Ya he hecho referencia al hecho de que el “principio del idéntico tratamiento de derecho y de hecho” había sido judicialmente reconocido, por la CPJI, antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (véanse párrs. 70 y 71, *supra*). E incluso antes de ello, estaba profundamente grabado en la conciencia humana. Más recientemente, la CIJ, en su célebre Opinión consultiva sobre *Namibia* de 1971, señaló que “la entidad lesionada” era un “pueblo”, que tenía que “dirigirse a la comunidad internacional en busca de asistencia (párr. 127). En su opinión separada, el magistrado Ammoun destacó la importancia de “los principios de igualdad, libertad y paz” consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de 1948 (págs. 72 y 76 y 77), y el magistrado Padilla Nervo puso de relieve el llamamiento de la Carta de las Naciones Unidas (Artículos 1, párrafo 3) y 76, apartado c)) a la promoción del respeto de los derechos humanos “de todos, sin distinción de raza (...)” (págs. 111 y 126).

190. El principio fundamental de igualdad y no discriminación es efectivamente de la mayor importancia en el marco del *derecho de las Naciones Unidas*. Cuando las Naciones Unidas se abocaron a la protección de los habitantes de los territorios fideicomitidos (Capítulo XII de la Carta de las Naciones Unidas), o bien de los territorios no autónomos (Capítulo XI), sus iniciativas humanitarias se proponían introducir cambios en el propio orden jurídico internacional, como parte del proceso histórico de *humanización* de éste. Desde su punto de vista, la soberanía “residía en el pueblo, estaba a su servicio; esa “visión de la soberanía centrada en el pueblo” recordaba el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, evocando el “Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas”; son otras ilustraciones de esta perspectiva algunas concepciones bastante novedosas, tales como la sucesión automática de la Estados en los tratados sobre derechos humanos, o la aplicación extraterritorial de los derechos humanos²⁰⁸.

191. El derecho internacional, liberado de la estrictez y el reduccionismo del paradigma interestatal del pasado, actualmente está concebido teniendo debidamente en cuenta el principio fundamental de igualdad y no discriminación. El propio Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, órgano de supervisión creado por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, se ha pronunciado sobre la sucesión automática de los Estados en los tratados sobre derechos humanos (*Observación general* núm. 26, de 1997, sobre la “Continuidad de las obligaciones”, párr. 4) y sobre la aplicación extraterritorial de los derechos humanos (*Observación general* núm. 31, de 2004, sobre “La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”,

²⁰⁷ *Ibid.*, págs. 531 y 532, 557 y 558 y 561.

²⁰⁸ Como lo recordó oportunamente Carsten Stahn, *The Law and Practice of International Territorial Administration – Versailles to Iraq and Beyond*, Cambridge, University Press, 2008, págs. 112 y 755 y 756; y véanse págs. 753 y 759, para la proactiva práctica de las Naciones Unidas en materia de construcción de Estados, desarrollada a partir del decenio de 1990.

párr. 10)²⁰⁹.

192. Actualmente hay una considerable cantidad de instrumentos internacionales informados por el principio fundamental de igualdad y no discriminación, y conformados sobre la base de dicho principio. Es el caso, entre otros instrumentos, de la Convención de las Naciones Unidas de 1965 sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de la Convención de las Naciones Unidas de 1973 para la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de la Convención de las Naciones Unidas de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de la Convención de 1985 contra el *Apartheid* en los Deportes, de la Convención de las Naciones Unidas de 1990 sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de la Declaración de 1981 sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, de la Declaración de las Naciones Unidas de 1992 sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, del Convenio núm. 111 de la OIT, de 1958 sobre la discriminación (empleo y ocupación), de la Convención de la UNESCO de 1960 relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, para nombrar algunos.

193. Estaría fuera del ámbito de la presente opinión separada proceder a un examen de esos instrumentos. En esta etapa, me limitaré a añadir que, paralelamente a esa impresionante labor de creación de derecho sobre la base del principio fundamental de igualdad y no discriminación, este principio ha generado en los últimos decenios una gran cantidad de escritos doctrinales (sobre las disposiciones pertinentes de los tratados de derechos humanos en vigor)²¹⁰ y una igualmente impresionante construcción jurisprudencial sobre el principio en cuestión. Como resultado de todo ello, el derecho internacional contemporáneo no pierde en modo alguno de vista el principio fundamental de igualdad y no discriminación, y lo tiene presente en todo momento y en distintas circunstancias, con todas las consecuencias de esta nueva postura.

194. De tal modo, la atención se ha reorientado, con acierto, de las prerrogativas “soberanas” irresponsables del pasado hacia los derechos centrados en el pueblo y la responsabilidad de las autoridades territoriales. Y ya era hora de que la conciencia humana

²⁰⁹ Véase el texto en: Naciones Unidas, *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos – Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos de derechos humanos creados por tratados*, Documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.9 (vol. I), de 27.05.2008, págs. 266 y 267 y 292. – En lo tocante a la sucesión de Estados, cabe recordar que una resolución del Instituto de Derecho Internacional (de 26.08.2001), aun cuando se refiere a la sucesión de Estados en asuntos relativos a bienes y deudas y no a tratados, de todos modos reconoció la necesidad de “aclarar y mejorar la situación de los individuos” (artículo 5, párrafo 2)), y afirmó, en el preámbulo, que “todas las situaciones que desembocan en una sucesión de Estados deben tener lugar en plena conformidad con el derecho internacional público, y en particular con el derecho humanitario y los derechos humanos”. Véase *Annuaire de l’Institut de Droit International – Período de sesiones de Vancouver (2000-2001)*, vol. 69, págs. 715 y 717. Y, en relación con la sucesión de Estados y la aplicación extraterritorial de los derechos humanos, véanse asimismo, entre otros, las observaciones en: F. Pocar, “Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici ed Estradizione”, en *Diritti dell’Uomo, Estradizione ed Espulsione (Atti del Convegno di Ferrara di 1999 per Salutare G. Battaglini)*, ed. F. Salerno, Padua/Milán, Cedam, 2003, págs. 89 y 90.

²¹⁰ Véanse, entre otros, por ejemplo, J. Symonides (ed.), *The Struggle against Discrimination*, París, UNESCO, 1996, págs. 3 a 43; T. Opsahl, *Law and Equality – Selected Articles on Human Rights*, Oslo, Ad Notam Gyldendal, 1996, págs. 165 a 206; M. Bossuyt, *L’interdiction de la discrimination dans le Droit international des droits de l’homme*, Bruselas, Bruylant, 1976, págs. 1 a 240; N. Lerner, *Group Rights and Discrimination in International Law*, 2ª ed., La Haya, Nijhoff, 2003, págs. 1 a 187.

se despertara al imperativo de actuar de tal manera, a fin de evitar la repetición de las atrocidades del pasado reciente. El principio fundamental de igualdad y no discriminación sirve de fundamento para una impresionante serie de tratados sobre derechos humanos (*supra*) que integran el *corpus juris gentium* del derecho internacional contemporáneo. Sin embargo, no se trata en modo alguno de un fenómeno sólo contemporáneo, pues el secular *principio de igualdad de tratamiento* en las relaciones entre los individuos así como entre los pueblos está profundamente arraigado en el derecho de gentes (*jus gentium*)²¹¹.

195. En último lugar, pero no por ello menos importante, sobre este punto en particular, ya he tenido ocasión de referirme a la incidencia del principio fundamental de igualdad y no discriminación en una reciente decisión de esta Corte. En mi opinión disidente respecto de la providencia de la Corte de 06.07.2010 en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (demanda original y contrademanda, Alemania c. Italia)*, consideré oportuno observar que

“(…) Como se proclamó, poco después de la Segunda Guerra Mundial, por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, ‘[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos’ (artículo 1). Esta prohibición deriva del principio fundamental de igualdad y no discriminación. Este principio fundamental, según la opinión consultiva núm. 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), relativa a la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (de 17 de septiembre de 2003), pertenece al dominio del *jus cogens*.

En esa trascendental opinión consultiva de 2003, la CorteIDH, en consonancia con las enseñanzas humanistas de los ‘padres fundadores’ del derecho de gentes (*jus gentium*), señaló que, con arreglo a ese principio fundamental, el elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación, y la igualdad debe garantizarse sin discriminación alguna. Esto está vinculado estrechamente con la dignidad esencial de la persona humana, que se desprende de la unidad del género humano. El principio fundamental de igualdad ante la ley y no discriminación permea todo el funcionamiento del poder del Estado, habiendo entrado hoy en el dominio del *jus cogens*²¹². En una opinión separada, se destacó que el principio fundamental de igualdad y no discriminación permea todo el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos, tiene un impacto en el derecho internacional público y se proyecta en el propio derecho internacional general o consuetudinario, e integra actualmente el contenido material en expansión del *jus cogens*²¹³” (párrs. 134 y 135).

²¹¹ Véase Association Internationale Vitoria-Suárez, *Vitoria et Suárez: Contribution des théologiens au Droit international moderne*, París, Pédone, 1939, págs. 38 y 39.

²¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva núm. 18 (de 17.09.2003), relativa a la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Serie A, núm. 18, párrs. 83, 97 a 99 y 100 y 101.

²¹³ *Ibid.*, Voto razonado del magistrado A.A. Cañado Trindade, párrs. 59 a 64 y 65 a 73. – En los últimos años, la CorteIDH, junto con el Tribunal Penal Internacional ad hoc para la ex Yugoslavia, han sido los tribunales internacionales contemporáneos que más han contribuido, en su jurisprudencia, a la evolución conceptual del *jus cogens* (mucho más allá del derecho de los tratados), y a la gradual expansión de su contenido material; véase A.A. Cañado Trindade, “Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law”, en el *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* – OEA (2008) págs. 3 a 29.

4. El principio fundamental de humanidad en el marco del derecho de las Naciones Unidas

196. En la presente opinión separada, ya he señalado que los experimentos de las organizaciones internacionales en lo tocante a mandatos, protección de minorías, territorios fideicometidos y, actualmente, administración internacional de territorios, no sólo han pasado a prestar una más estrecha atención al “pueblo” o la “población”, a la satisfacción de las necesidades y el empoderamiento de los habitantes, sino que también han promovido – cada uno a su manera – su acceso a la justicia a nivel internacional (párr. 90, *supra*). Ese acceso a la justicia se entiende *lato sensu*, es decir, como comprendiendo la *realización de la justicia*. Aquellos experimentos de las organizaciones internacionales (posibilitados por la contemporánea expansión de la personalidad jurídica internacional, que dejó de ser un monopolio de los Estados) han contribuido a la reivindicación por los individuos de sus propios derechos, emanados directamente del derecho de gentes, del propia *Law of Nations*.

197. En mi percepción, éste es uno de los rasgos fundamentales del nuevo *jus gentium* de nuestros tiempos. Después de todo, cada ser humano es un fin en sí mismo, y, individual o colectivamente, tiene derecho a gozar de la libertad de creencias y a estar liberado “del temor y la miseria”, como se proclama en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (segundo párrafo). Toda persona humana tiene derecho al respeto de su dignidad, como parte del género humano. El reconocimiento de este fundamental *principio de humanidad* es uno de los grandes e irreversibles logros del *jus gentium* de nuestro tiempo. A finales de este primer decenio del siglo XXI, ha llegado la hora de derivar las consecuencias del manifiesto incumplimiento de este principio fundamental de humanidad.

198. Los derechos inherentes a la persona humana están dotados de universalidad (la unidad del género humano) y atemporalidad, en el sentido de que, antes que haber sido “concedidos” por el poder público, verdaderamente preceden a la formación de la sociedad y del Estado. Esos derechos son independientes de cualquier forma de organización sociopolítica, incluido el Estado creado por la sociedad. Los derechos inherentes a la persona humana preceden al Estado y son superiores a él. Todos los seres humanos deben gozar de los derechos inherentes a ellos, por pertenecer la humanidad. Como corolario de ello, la salvaguardia de esos derechos no se agota – no puede agotarse – en la acción de los Estados. Por lo mismo, los Estados no deben valerse de su derecho a la integridad territorial para violar sistemáticamente la integridad personal de los seres humanos sometidos a sus respectivas jurisdicciones.

199. Los Estados, creados por los seres humanos reunidos en su medio social, están obligados a proteger, y de ningún modo a oprimir, a todos los que están bajo sus respectivas jurisdicciones. Esto corresponda al mínimo ético, universalmente reconocido por la comunidad internacional de nuestro tiempo. Los Estados están obligados a salvaguardar la integridad de la persona humana frente a la violencia sistemática y el trato discriminatorio y arbitrario. La concepción de derechos humanos fundamentales e inalienables está grabada en lo más hondo de la conciencia jurídica universal; sin perjuicio de las variaciones en su enunciación o formulación, su concepción marca presencia en todas las culturas, así como en la historia del pensamiento humano de todos los pueblos²¹⁴.

200. Esto fue captado en uno de los raros momentos – si no vislumbres – de lucidez en el

²¹⁴ Véase, por ejemplo, [Autores varios] *Universality of Human Rights in a Pluralistic World (Proceedings of the 1989 Strasbourg Colloquy)*, Estrasburgo/Kehl, N.P. Engel Verlag, 1990, págs. 45, 57, 103, 138, 143 y 155.

siglo XX (marcado por sucesivas atrocidades que victimizaron a millones de seres humanos), a saber, el de la proclamación, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 1948. En la presente Opinión consultiva sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*, la CIJ ni siquiera mencionó – ni siquiera una vez – a la Declaración Universal de Derechos Humanos; sin embargo, siendo uno de los miembros de la Corte, me siento obligado a insistir en ella, habida cuenta de la considerable importancia que atribuyo a la Declaración Universal, en interacción con la Carta de las Naciones Unidas, para la consideración de un tema como el que se ha planteado ante la Corte para la presente Opinión consultiva.

201. Me siento no sólo obligado, sino igualmente enteramente libre para hacerlo, pues, a diferencia de la Opinión consultiva de la Corte, en la presente opinión separada tuve especial cuidado de llenar un vacío, no eludiendo la *causa* de la grave crisis humanitaria en Kosovo, que subyace no sólo a la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, sino también a la posterior declaración de independencia de Kosovo, formulada un decenio después, el 17.02.2008. De hecho, debería tenerse presente que el reconocimiento del principio del respeto de la dignidad humana fue introducido por la Universal Declaración de 1948, y está en el corazón de su perspectiva fundamental. La declaración dice firmemente: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (artículo 1). Y recuerda que “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad” (segundo párrafo del preámbulo). La Declaración Universal advierte que es

“esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión” (tercer párrafo del preámbulo);

y asimismo reconoce que

“la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (primer párrafo del preámbulo).

202. En el momento de la aprobación de la Declaración Universal, en 1948, difícilmente se podría haber previsto que se estaba poniendo en marcha un proceso histórico de generalización de la protección internacional de los derechos humanos, en una escala verdaderamente universal. A lo largo de más de seis decenios, de notable proyección histórica, la declaración ha adquirido gradualmente una autoridad que sus redactores no podían haber previsto. Ello ha ocurrido principalmente porque sucesivas generaciones de seres humanos, de distintas culturas y de todas partes del mundo, han reconocido en la Declaración un “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse” (tal como se proclamó originalmente), y que correspondía a sus más profundas y legítimas aspiraciones²¹⁵.

²¹⁵ Ya durante los trabajos preparatorios de la Declaración Universal (particularmente en los trece meses comprendidos entre mayo de 1947 y junio de 1948), prevaleció desde temprano la visión holística de todos los derechos que habían de proclamarse. Esa perspectiva fue adoptada en los trabajos preparatorios oficiales de la Declaración, es decir, los debates y la redacción en la ex Comisión de Derechos Humanos (relator, René Cassin) y posteriormente en la Tercera Comisión de la Asamblea General. Además, en 1947, en una contribución a la labor entonces en curso en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la UNESCO llevó a cabo un examen de los principales problemas teóricos planteados por la elaboración de la Declaración Universal; circuló entre algunos de los más

203. Se reconoce generalmente que la Declaración Universal ha inspirado la aprobación de más de 70 tratados sobre derechos humanos²¹⁶, y ha abierto el camino para que así ocurriera, y que ha servido de modelo para la promulgación de numerosas normas sobre derechos humanos en las constituciones y legislaciones nacionales, y ayudado a fundamentar las decisiones de tribunales nacionales e internacionales. La Declaración se ha incorporado al dominio del derecho internacional consuetudinario, contribuyendo en gran medida a convertir a los derechos humanos en el idioma común de la humanidad.

204. La Declaración Universal, además, es generalmente reconocida hoy como una interpretación autorizada de las disposiciones sobre derechos humanos de la propia Carta de las Naciones Unidas, que anunciaban la transformación del orden social e internacional a fin de asegurar el goce de los derechos proclamados. En el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, “los pueblos de las Naciones Unidas” expresan su determinación de “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra” (primer párrafo) y “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana” (segundo párrafo). Esta última afirmación se repite en la Declaración Universal de 1948 (quinto párrafo del preámbulo). La Carta de las Naciones Unidas, además, pide reiteradamente el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (Artículos 1, párrafo 3); 13, párrafo 1), apartado b); 55 apartado c), y 76 apartado c)).

205. Las graves violaciones de los derechos humanos fundamentales (como las matanzas en masa, la práctica de la tortura, la desaparición forzada de personas, la depuración étnica, la discriminación sistemática) se producen en violación del *corpus juris gentium*, enunciado en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal (que están por encima de las resoluciones de los órganos políticos de las Naciones Unidas) y son condenadas por la conciencia jurídica universal. Todo Estado que perpetre sistemáticamente esas graves violaciones actúa criminalmente, y pierde su legitimidad, deja de ser un Estado para la población victimizada, pues de tal modo incurre en una manifiesta y flagrante inversión de los fines humanos del Estado.

206. Con arreglo al *jus gentium* contemporáneo, ningún Estado puede revocar la autonomía constitucionalmente garantida de un “pueblo” o “población” para comenzar entonces a discriminar, torturar y matar a personas inocentes, o a expulsarlas de sus hogares y practicar la depuración étnica – sin sufrir las consecuencias de sus acciones u omisiones criminales. Ningún Estado puede, después de perpetrar esos abominables crímenes, invocar la integridad territorial o pretender valerse de ella; el hecho es que cualquier Estado que actúe de esa manera deja de comportarse como un Estado frente a la población victimizada.

influyentes pensadores de la época en todo el mundo, un cuestionario sobre las relaciones entre los derechos de los individuos y los grupos en sociedades de diferentes tipos y en distintas circunstancias históricas, así como las relaciones entre las libertades individuales y las responsabilidades sociales o colectivas. Para las respuestas, véase *Los Derechos del Hombre – Estudios y Comentarios en torno a la Nueva Declaración Universal Reunidos por la UNESCO*, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, págs. 97 y 98 (Teilhard de Chardin), 181 a 185 (Aldous Huxley), 14 a 22 y 69 a 74 (Jacques Maritain), 24 a 27 (E.H. Carr), 129 a 136 (Quincy Wright), 160 a 164 (Levi Carneiro), 90 a 96 (J. Haesaert), 75 a 87 (H. Laski), 143 a 159 (B. Tchechko), 169 a 172 (Chung-Shu Lo), 23 (M.K. Gandhi), 177 a 180 (S.V. Puntambekar), y 173 a 176 (H. Kabir). Las dos Conferencias Mundiales de Derechos Humanos (Teherán, 1968, y Viena, 1993) han dado expresión concreta a la interdependencia de todos los derechos humanos y a su universalidad, enriquecida por la diversidad cultural.

²¹⁶ Aplicados hoy con carácter permanente en los niveles mundial (Naciones Unidas) y regional, y todos ellos conteniendo referencias a la Declaración Universal en sus preámbulos.

207. Una organización internacional de vocación y alcance de acción universales como las Naciones Unidas, creada en nombre de los pueblos del mundo (*supra*), está plenamente facultada para colocar bajo su protección a una población que está siendo sistemáticamente objeto de discriminación, y que es victimizada por graves violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, por crímenes de guerra y por crímenes de lesa humanidad. Está plenamente facultada, según entiendo, para brindar asistencia a esa población a fin de que se convierta en dueña de su propio destino, y de tal modo está actuando en cumplimiento de su Carta y de los dictados de la conciencia jurídica universal.

208. En un contexto histórico como el que se está examinando, la pretensión de integridad territorial, aplicable en las *relaciones interestatales*, no es absoluta, como algunos tratan de hacernos creer. Si pasamos a las *relaciones intraestatales*, la integridad territorial y la integridad humana van juntas, con la autoridad del Estado ejerciéndose armoniosamente con la condición de la población, con la finalidad de satisfacer sus necesidades y aspiraciones. La integridad territorial, en su dimensión *intraestatal*, es un derecho de los Estados que actúan verdaderamente como Estados, y no como máquinas de destrucción de los seres humanos, de sus vidas y de su espíritu²¹⁷. Por lo mismo, la libre determinación es un derecho de los “pueblos” o “poblaciones” subyugados en distintos contextos (no sólo el de la descolonización), sistemáticamente sometidos a la discriminación y la humillación, a la tiranía y la opresión. Esa condición de inhumana subyugación es contraria a la Declaración Universal y a la Carta de las Naciones Unidas en conjunto. Constituye una violación del *derecho de las Naciones Unidas*.

209. Por último, pero no menos importante, el principio fundamental de humanidad ha sido afirmado también en la jurisprudencia de los tribunales internacionales contemporáneos. Por ejemplo, en el caso de la *Masacre de Plan de Sánchez* (Sentencia de 29.04.2004), relativo a Guatemala, en cierta etapa del procedimiento ante la CorteIDH, el

²¹⁷ Ya los antiguos griegos tenían conciencia de los efectos devastadores del uso indiscriminado de la fuerza y de la guerra tanto para los vencedores como para los vencidos, revelando el gran mal de la sustitución de los fines por los medios: desde los tiempos de la Iliada de Homero hasta hoy – tan perspicazmente captado por Simone Weil, una de las grandes pensadoras del siglo XX – todos los “beligerantes” son transformados en medios, en cosas, en la lucha sin sentido por el poder, incapaces incluso de “someter sus acciones a sus pensamientos”. Los términos “opresores y oprimidos” casi pierden sentido, ante la impotencia de todos frente a la máquina de guerra, convertida en una máquina de destrucción del espíritu y de fabricación de la “inconsciencia”; S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Oposición Social*, Barcelona, Ed. Paidós/Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, págs. 81 y 82, 84 y 130 y 131. Como en la Iliada de Homero, no hay vencedores ni vencidos, todos son tomados por la fuerza, poseídos por la guerra, degradados por brutalidades y masacres; S. Weil, “L’Iliade ou le Poème de la Guerre (1940-1941)” en *Oeuvres*, París, Quarto Gallimard, 1999, págs. 527 a 552. El perenne mensaje de Homero – en cuanto a “la carnicería de hombres” y las “vidas miserables” de todos los involucrados en los combates sin fin (véase Homero, *The Iliad*, N.Y./Londres, Penguin Books, 1991 [reed.], págs. 222 y 543 y 544, versos 275 a 281 y 83 a 89) – es tan válido y conmovedor en sus tiempos de la antigua Grecia como en nuestros días. A lo largo de los siglos, la “carnicería de hombres” ha seguido ocurriendo sin fin (véase, por ejemplo, Bartolomé de Las Casas, *Tratados*, vol. I, México, Fondo de Cultura Económica, 1997 [reimpresión], págs. 14 a 199, y véanse págs. 219, 319 y 419), y todavía no parece que se hayan aprendido suficientemente las lecciones – en particular la necesidad y el deber acuciantes de asegurar la primacía del derecho sobre la fuerza bruta. Así pues, ya en la antigua Roma, M.T. Cicerón meditaba, en su *De Legibus (On the Laws*, libro II, circa 51 a 43 a. de J.C.), que no había “nada más destructivo para los Estados, nada más contrario al derecho y a la ley, nada menos civil y humano, que el uso de la violencia en los asuntos públicos” (M.T. Cicerón, *On the Commonwealth and On the Laws* (ed. J.E.G. Zetzel), Cambridge, University Press, 2003 [reed.], libro III, ibíd., pág. 172). Y en su *De Republica* (circa late 50s-46 a. de J.C.), Cicerón añadió que nada era “más perjudicial para un Estado” ni “tan contrario a la justicia y el derecho” que el recurso “a la fuerza mediante una medida de violencia”, cuando un país tenía “una constitución asentada y establecida”; M.T. Cicerón, *The Republic-The Laws*, Oxford, University Press, 1998, pág. 166 (libro III, párr. 42). Todas esas advertencias suenan, siglos después, en nuestros días, bien contemporáneas...

Estado demandado aceptó su responsabilidad internacional por violaciones de derechos garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y, en particular, “por no garantizar la libertad de manifestar las creencias religiosas, espirituales y culturales de los familiares de las [...] víctimas y miembros de la comunidad” (párr. 36). En mi opinión separada en esa causa, reflexioné que la primacía del principio de humanidad se identifica con el propio fin del Derecho, de todo el ordenamiento jurídico, tanto nacional como internacional, al reconocer la inalienabilidad de los derechos inherentes al ser humano (párr. 17).

210. Ese principio marca presencia – añadí – no sólo en el derecho internacional de los derechos humanos, sino también en el derecho internacional humanitario, y es aplicable en cualesquiera circunstancias. Tanto si se concibe como principio subyacente a la prohibición del trato inhumano (establecida por el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949) o por referencia a la humanidad como un todo, o aún para calificar una determinada calidad de comportamiento humano (*humaneness*), el principio de humanidad está siempre e inevitablemente presente (párrs. 18 a 20). Análogamente, el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia (TPIY – Sala de Primera Instancia) dedicó atención a ese principio, por ejemplo, en sus sentencias en las causas *Mucic et alii* (de 20.02.2001) y *Celebici* (de 16.11.1998). Asimismo cabe recordar que la *cláusula Martens*, que permea el *corpus juris* del derecho internacional humanitario desde los tiempos de la Primera Conferencia de Paz de La Haya (1899) hasta nuestros días, invoca y sostiene la aplicabilidad continuada de los principios del derecho de gentes, los “principios de humanidad” y las “exigencias de la conciencia pública”²¹⁸.

211. El mismo principio de humanidad –concluí en la mencionada opinión separada en el caso de la *Masacre de Plan de Sánchez* – también tiene incidencia en el dominio del derecho internacional de los refugiados, como lo revelan los hechos del caso concreto, que comprendían masacres y una política de Estado de *tierra arrasada*, es decir, la destrucción y quema de hogares, que generó un masivo desplazamiento forzoso de personas (párr. 23). Crueldades de este tipo ocurren en distintas latitudes, en Europa como en las Américas, y en las demás regiones del mundo – siendo la naturaleza humana como es. El punto que deseo afirmar aquí es que el principio de humanidad opera, en mi opinión, de manera de promover las convergencias entre las tres tendencias de la protección internacional de los derechos inherentes a la persona humana (el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados).

XIV. Hacia una concepción integral de la incidencia del *jus cogens*

212. Permítaseme ahora volver a mis breves reflexiones sobre el principio *ex injuria jus non oritur* (véase *supra*, párrs. 132 a 137), a fin de abordar otro punto tocado por la presente Opinión consultiva de la CIJ sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia relativa a Kosovo*. Como señalé allí, en los años anteriores a la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad – en el decenio 1989-1999 – las Naciones Unidas *en su conjunto* estaban profundamente preocupadas por todas las clases de *injuriae* perpetradas contra la población de Kosovo; hubo sucesivas violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional

²¹⁸ Véase CIJ, causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (Providencia de 06.07.2010, demanda original y contrademanda, *Alemania c. Italia*), opinión disidente del magistrado Cançado Trindade, párrs. 126 y 136 a 139.

humanitario, cometidas por todos los involucrados y provenientes de todas las partes, que victimizaron gravemente a esa población y agravaron la crisis humanitaria de Kosovo.

213. Sin embargo, la invocación del principio *ex injuria jus non oritur* por un par de participantes durante el procedimiento consultivo que la Corte tiene ante sí se refirió sólo, de manera atomizada, a una u otra de las sucesivas violaciones graves cometidas en ese período, y ninguno de ellos se refirió a las sucesivas *injuriae* en su conjunto (véase *supra*). En el párrafo 81 de la presente Opinión consultiva, la CIJ señaló a la atención el uso ilegítimo de la fuerza, u otras flagrantes violaciones del derecho internacional, en particular de normas imperativas de derecho internacional, y expresó su preocupación al respecto. Suscribo plenamente la preocupación de la Corte por violaciones de *jus cogens*, y voy más allá que la Corte a este respecto.

214. El *obiter dictum* de la Corte aparece (en el párrafo 81) al final de su razonamiento específicamente dirigido a un aspecto, a saber, el de la integridad territorial de los Estados, un principio básico aplicable a nivel *interestatal*. La Corte, habida cuenta de los rasgos clásicos de su propio Estatuto y de su Reglamento (*interna corporis*), está habituada a razonar dentro del chaleco de fuerza de la dimensión interestatal. Sin embargo, la incidencia del *jus cogens* trasciende esa dimensión. Muy lamentablemente, se han producido violaciones flagrantes del derecho internacional, en particular de normas imperativas del derecho internacional general, tanto a nivel *interestatal* (por ejemplo, el uso ilegítimo de la fuerza, como los bombardeos de Kosovo en 1999 fuera del marco de la Carta de las Naciones Unidas, que causaron numerosas víctimas), como a nivel *intraestatal* (por ejemplo, las graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario perpetradas en Kosovo a lo largo del decenio de 1989-1999, victimizando a su población).

215. En cuanto a estas últimas, en el derecho internacional contemporáneo está claro que las prohibiciones de la tortura, de la depuración étnica, de las ejecuciones sumarias o extrajudiciales, de la desaparición forzada de personas, son prohibiciones *absolutas*, en cualesquiera circunstancias: son prohibiciones de *jus cogens*. Las violaciones (a nivel *intraestatal*) de dichas prohibiciones, como las que ocurrieron en Kosovo durante su grave crisis humanitaria, son violaciones de normas imperativas del derecho internacional general (es decir, de *jus cogens*), que rápidamente comprometen la responsabilidad de sus perpetradores (Estados e individuos), con todas las consecuencias jurídicas que de ello emanan (que hasta la fecha no han sido suficientemente analizadas en detalle por la jurisprudencia y la doctrina jurídica internacional).

216. Al tener presente sólo la dimensión interestatal, el mencionado *obiter dictum* de la Corte ha aplicado también una insatisfactoria perspectiva atomizada. La verdad es que el *jus cogens* tiene una incidencia tanto en el nivel *interestatal* como en el nivel *intraestatal*, tanto en las relaciones entre los Estados *inter se* como en las relaciones entre los Estados y todos los seres humanos que están bajo sus respectivas jurisdicciones. Podemos ver aquí una dimensión *horizontal* (interestatal) y una dimensión *vertical* (intraestatal). Ésta es la concepción comprensiva de la incidencia del *jus cogens* que, a mi juicio, debería adoptar la Corte de ahora en adelante.

217. En esta última dimensión (vertical), en nuestro tiempo, la integridad territorial del Estado está estrechamente vinculada con el hecho de que el Estado respete la integridad humana de todos los seres humanos bajo su jurisdicción y garantice el respeto de dicha integridad. El territorio de un Estado no puede ser usado por sus autoridades para poner en práctica políticas criminales, con violación de las prohibiciones de *jus cogens* (como las mencionadas). Las fronteras territoriales de un Estado no pueden ser usadas por sus

autoridades, responsables de violaciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, como un refugio o un escudo para escapar al alcance de la ley y gozar de impunidad, después de haber cometido atrocidades que conmovieron la conciencia de la humanidad. Después de todo, *hominum causa omne jus constitutum est* (todo derecho es creado, en definitiva, en beneficio de los seres humanos); esta máxima, originada en el derecho romano, es hoy en día común a los órdenes jurídicos nacional e internacional (el *jus gentium* de nuestra época).

XV. Consideraciones finales: la independencia de Kosovo con supervisión de las Naciones Unidas

218. Habida cuenta de que el razonamiento de la Corte se funda casi enteramente en la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, me siento obligado a señalar un par de puntos adicionales en la presente opinión separada. En primer lugar, nadie podría negar la posición central que tiene aquí la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, pero el hecho es que la resolución 1244 (1999) es el resultado de una transacción política²¹⁹, y, por encima de ella, como por encima de todas las resoluciones del Consejo de Seguridad (y de los demás órganos políticos de las Naciones Unidas), está la *Carta de las Naciones Unidas*. Es la Carta de las Naciones Unidas la que en definitiva guía todo razonamiento. En segundo lugar, el argumento de la Corte de que “no considera necesario pronunciarse” sobre las demás resoluciones del Consejo de Seguridad aprobadas “sobre la cuestión de Kosovo” (según se expresa en el párrafo 86) antes de la resolución 1244 (1999) (y de todos modos “recordadas” en el preámbulo de esta última), en mi opinión, no está bien fundada: constituye simplemente una petición de principio.

219. Simplemente permite que la Corte proceda a un examen “técnico” y aséptico de la declaración de independencia de Kosovo de 17.02.2008, haciendo abstracción de los complejos y trágicos antecedentes de hecho de la *grave crisis humanitaria de Kosovo*, que culminó con la aprobación por el Consejo de Seguridad de su resolución 1244 (1999). Mientras se abstiene de “pronunciarse” sobre otras resoluciones del Consejo de Seguridad (y ciertamente no de la Asamblea General, cuya importancia parece claro que minimiza indebidamente en el párrafo 38), la Corte se ve en aprietos cuando reconoce la necesidad de al menos tener en cuenta otras resoluciones del Consejo de Seguridad (sin “pronunciarse” sobre ellas), anteriores a la resolución 1244 (1999), sólo para ilustrar un aspecto de la crisis (en el párrafo 116), de manera incompleta²²⁰.

220. El resultado es que la Corte ha encontrado suficiente referirse sólo brevemente e *in passim* a la crisis de Kosovo²²¹, sin explicar en ninguna parte de la Opinión consultiva qué

²¹⁹ Después de su aprobación, subsistió el debate entre, por un lado, los Estados que hacían hincapié en la referencia a la “integridad territorial” de la República Federativa de Yugoslavia, que figuraba en un párrafo del preámbulo (y en el Anexo 2, párr. 8) de la resolución 1244(1999), y los Estados que destacaban que ese párrafo del preámbulo de la resolución en cuestión no creaba obligaciones vinculantes y se aplicaba sólo a la fase provisional de Kosovo, y no a su estatuto definitivo, que no estaba determinado por la resolución 1244 (1999); véase A. Tancredi, “Neither Authorized nor Prohibited? Secession and International Law after Kosovo, South Ossetia y Abkhazia”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 18 (2008), págs. 55 y 56. En efecto, el párrafo 11 a) de dicha resolución se refería expresamente a la promoción del “establecimiento, hasta que se llegue a una solución definitiva, de una autonomía y un gobierno autónomo sustanciales en Kosovo”.

²²⁰ En los párrafos 91 y 98 se hacen breves referencias adicionales a esas otras resoluciones del Consejo de Seguridad.

²²¹ Por ejemplo, párrs. 95, 97, 98 y 116.

fue lo que causó esa crisis, y en qué consistió ésta; eso es exactamente lo que fue considerado detalladamente por las resoluciones del Consejo de Seguridad anteriores a la resolución 1244 (1999), y por las resoluciones de la Asamblea General, así como por manifestaciones de otros órganos de las Naciones Unidas. Como no acompañé ni suscribí el razonamiento de la Corte, me he sentido obligado, como miembro de la Corte, a consignar en la presente opinión separada mi propio razonamiento, que comprende una consideración de las reiteradas *expresiones de grave preocupación por la tragedia humanitaria en Kosovo* formuladas por el Consejo de Seguridad, la Asamblea General, el Consejo Económico y Social y el Secretario General (véase *supra*); en suma, de las *Naciones Unidas en su conjunto*.

221. Para mí, todos los antecedentes de hecho deberían haber sido tratados por la Corte con el mismo celo e igual atención a los detalles que los que la impulsaron a considerar las circunstancias de hecho que rodearon al acto de adopción de la declaración de independencia por la Asamblea de Kosovo. Yo he concluido, como la Corte, que la CIJ tiene competencia para emitir la opinión consultiva solicitada por la Asamblea General, que debía acceder a la solicitud de opinión consultiva formulada por la Asamblea General y que la declaración de independencia de Kosovo de 17 de febrero de 2008 no violó el derecho internacional; pero he llegado a esa conclusión sobre la base de mi propio razonamiento, desarrollado en la presente opinión separada, que es claramente diferente del razonamiento de la Corte.

222. Otro aspecto que no puede pasar inadvertido aquí atañe a la reciente práctica del Consejo de Seguridad, reflejada en algunas de sus resoluciones, de dirigirse no sólo a los Estados sino también a entidades no estatales, y de tal modo ir más allá de la dimensión estrictamente interestatal. La Corte se refiere brevemente a ella (párrafos 115 a 117), así como a la creciente necesidad de asegurar una correcta interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad (párrafo 94). Sin embargo, la Corte toca esos dos puntos sin mayor elaboración. Sin tener la intención de profundizar en este punto, me referiré aquí, empero, a un punto adicional, no tocado por la Corte, que en esta conexión no puede ser pasado por alto.

223. El creciente compromiso del Consejo de Seguridad, a partir de los comienzos del decenio de 1990, en operaciones no sólo de mantenimiento de la paz, sino también de prevención de conflictos, imposición de la paz y consolidación de la paz, ha ampliado su horizonte en lo tocante al ejercicio de sus funciones. Éste es un conocido fenómeno contemporáneo dentro del *derecho de las Naciones Unidas*²²². En este contexto, el hecho de que últimamente el Consejo de Seguridad haya comenzado a imponer exigencias, además de a los Estados, también a entidades no estatales (incluso a grupos de individuos), no es tan sorprendente, después de todo. Sin embargo, lo que es necesario añadir – pues la Corte también parece haber pasado por alto este punto – es que el Consejo de Seguridad también tiene su “*marco constitucional*”: la Carta de las Naciones Unidas. Por amplios que sean sus poderes, o que puedan haber llegado a serlos hoy, siguen estando limitados por la propia Carta de las Naciones Unidas.

224. El Consejo de Seguridad no es el legislador del mundo, sino uno de los órganos políticos principales de las Naciones Unidas, y el órgano central encargado del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas. Para la consideración de la cuestión planteada a la Corte por la

²²² Véanse, entre otros, por ejemplo, K. Manusama, *The United Nations Security Council in the Post-Cold War Era – Applying the Principle of Legality*, Leiden, Nijhoff, 2006, págs. 1 a 320; B.G. Ramcharan, *The Security Council and the Protection of Human Rights*, La Haya, Nijhoff, 2002, págs. 1 a 213.

Asamblea General con respecto a la presente Opinión consultiva, la *Grundnorm* no es la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, sino la Carta de las Naciones Unidas. Y la Carta ha puesto límites a la acción de todos sus órganos, incluido el Consejo de Seguridad. En el caso de Kosovo, el Consejo de Seguridad ha actuado dentro de esos límites, y, mediante su resolución 1244 (1999), ha colocado a la grave crisis humanitaria de Kosovo dentro del marco del derecho de las Naciones Unidas. Este último, a su vez, ha estado particularmente atento a las condiciones de vida de la población, en Kosovo como en distintas partes del mundo, a fin de preservar la paz y la seguridad internacionales.

225. Aún queda una línea de consideraciones que estimo adecuado añadir aquí. Al final de las actuaciones orales ante esta Corte en relación con la presente Opinión consultiva sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia relativa a Kosovo*, en la audiencia de 11 de diciembre de 2009, formulé a los participantes la pregunta siguiente:

“La resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se refiere, en su párrafo 11 *a*), a ‘una autonomía y un gobierno autónomo sustanciales en Kosovo’, teniendo plenamente en cuenta los acuerdos de Rambouillet. En su interpretación, ¿cuál es el significado de este reenvío a los acuerdos de Rambouillet? ¿Tiene incidencia en las cuestiones de la libre determinación y/o la secesión? En caso afirmativo, ¿cuáles serían los requisitos para que un pueblo pueda aspirar a la calidad de Estado, en el marco del régimen jurídico establecido por la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad? ¿Y cuáles son los requisitos previos de hecho para las configuraciones de un ‘pueblo’, y de su posibilidad de aspirar a la calidad de Estado, con arreglo al derecho internacional general?”

226. Quince participantes tuvieron a bien dar sus respuestas a mi pregunta: Kosovo²²³, Serbia²²⁴, Albania²²⁵, la Argentina²²⁶, Austria²²⁷, Burundi²²⁸, Chipre²²⁹, Finlandia²³⁰, Francia²³¹, los Países Bajos²³², Rumania²³³, España²³⁴, el Reino Unido²³⁵, los Estados Unidos²³⁶ y Venezuela²³⁷. Después de leer cuidadosamente esas 15 respuestas, considero adecuado extraer y seleccionar un par de puntos formulados en ellas a los que asigno particular importancia.

227. El reenvío de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad a los acuerdos de Rambouillet tenía la finalidad de crear las condiciones para una autonomía sustancial y una

²²³ CIJ, doc. 2009/115.

²²⁴ CIJ, doc. 2009/111.

²²⁵ CIJ, doc. 2009/106.

²²⁶ CIJ, doc. 2009/110.

²²⁷ CIJ, doc. 2009/116.

²²⁸ CIJ, doc. 2009/117.

²²⁹ CIJ, doc. 2009/109.

²³⁰ CIJ, doc. 2009/107.

²³¹ CIJ, doc. 2009/118.

²³² CIJ, doc. 2009/108.

²³³ CIJ, doc. 2009/112.

²³⁴ CIJ, doc. 2009/114.

²³⁵ CIJ, doc. 2009/119.

²³⁶ CIJ, doc. 2009/113.

²³⁷ CIJ, doc. 2009/120.

amplia forma de autogobierno en Kosovo²³⁸, en vista de las “circunstancias singulares de Kosovo”²³⁹ (véase *supra*). En el curso del decenio siguiente (1999-2009), la población de Kosovo pudo, gracias a la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, desarrollar su capacidad para un autogobierno sustancial, como lo demuestra su declaración de independencia adoptada por la Asamblea de Kosovo el 17 de febrero de 2008. Las declaraciones de este tipo no están ni autorizadas ni prohibidas por el derecho internacional, pero sus consecuencias e implicaciones hacen que entre a jugar el derecho internacional.

228. Además, tampoco sería necesario hacer un ejercicio semántico acerca de lo que constituye un “pueblo”. Éste es un punto que, según se reconoce, ha venido desafiando a la doctrina jurídica internacional hasta la fecha. En el contexto del presente tema, se ha señalado, por ejemplo, que expresiones tales como “la población de Kosovo”, “el pueblo de Kosovo”, “todo el pueblo de Kosovo”, “todos los habitantes en Kosovo”, aparecen indistintamente en la propia resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad²⁴⁰. De hecho, no hay ninguna precisión terminológica en cuanto a lo que constituye un “pueblo” en derecho internacional²⁴¹, a pesar de la vasta experiencia en la materia. Lo que me resulta claro es que, para su configuración, hay una conjugación de factores, de carácter tanto objetivo como subjetivo, tales como las tradiciones y la cultura, el carácter étnico, los vínculos y el legado históricos, el idioma, la religión, el sentido de identidad o parentesco, la voluntad de constituir un pueblo²⁴²; son todos elementos *fácticos*, no *jurídicos*, que habitualmente se superponen entre sí²⁴³.

229. Cabe recordar que el propio Marco Constitucional para Kosovo establecido por la UNMIK (2001) (véase *supra*), aclarando el enfoque de las Naciones Unidas respecto del asunto de que se trata, señaló que Kosovo es “una entidad” que, “con su pueblo, tiene atributos históricos, jurídicos, culturales y lingüísticos singulares” (párr. 1.1)²⁴⁴. A esos elementos yo añadiría otro más – y significativo – a saber, el del *sufrimiento común*: el sufrimiento común crea un fuerte sentido de identidad. Hace muchos siglos, Esquilo (525-circa 456 a. de J.C.) tuvo una intuición en tal sentido, en su penetrante trilogía, la *Orestíada*: dejó en claro – en la tercera oda coral en *Agamemnon*, y en la culminación de la

²³⁸ Respuestas de Kosovo (párr. 19), Serbia (párr. 3.12), los Estados Unidos (págs. 1 y 4), el Reino Unido (párr. 11), la Argentina (párr. 4).

²³⁹ Respuesta del Reino Unido (párr. 12). – La Conferencia de Rambouillet incorporó a Europa – además de a las propias Naciones Unidas – al marco de la crisis de Kosovo, como nueva demostración de que la crisis había pasado a ser un asunto de “preocupación internacional”; E. Decaux, “La Conférence de Rambouillet – Négotiation de la dernière chance ou contrainte illicite?”, en *Kosovo and the International Community – A Legal Assessment* (ed. C. Tomuschat), La Haya, Kluwer, 2002, págs. 45 a 64.

²⁴⁰ En el quinto párrafo del preámbulo, el párr. 10, y el Anexo 2 párr. 5; en el Anexo 2 párr. 4, el párr. 10; en el Anexo 1 principio 4; y en el Anexo 2 párr. 5, respectivamente; Respuesta de España (párr. 20). [Las referencias son al texto en inglés. En el texto en español hay diferencias y, en particular, no aparece la expresión “el pueblo de Kosovo”.]

²⁴¹ Por ejemplo, se ha argumentado que, para que una colectividad humana o un grupo constituya un “pueblo” a fin de poder aspirar a la calidad de Estado, necesitaría: a) compartir antecedentes comunes de origen étnico, idioma, religión, historia y legado cultural; b) integridad territorial de la zona pretendida; c) el elemento subjetivo de la percepción autoconsciente del grupo como un “pueblo” distinto, capaz de formar una entidad política viable; para la opinión de que los kosovares cumplen esos requisitos y constituyen un “pueblo”, y, además, su derecho a la libre determinación interna no fue respetado por la Serbia encabezada por Milosevic, véase, por ejemplo, M. Sterio, “The Kosovar Declaration of Independence: ‘Botching the Balkans’ or Respecting International Law?”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 37 (2008-2009), págs. 277 y 287.

²⁴² Respuestas de los Países Bajos (párr. 16), y Albania (párrs. 20 y 21).

²⁴³ Respuesta de Finlandia (pág. 3).

²⁴⁴ Cit. en la respuesta de Austria (pág. 2).

procesión final en *Las Euménides*, – que los seres humanos aprenden mediante el sufrimiento, y que en definitiva aprenden no simplemente cómo evitar el sufrimiento, sino cómo actuar con arreglo a derecho y realizar la justicia. Hoy, en 2010, tantos siglos después, me pregunto si Esquilo, tal vez, estaba siendo demasiado confiado, pero, en todo caso, simpatizo mucho con su valiente mensaje, al que considero sumamente valioso y atemporal o perenne.

230. Es cierto que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no determine el estatuto final de Kosovo, ni previno o impidió que tuviera lugar la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 por la Asamblea de Kosovo. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no ha dictado sentencia alguna sobre la cadena de acontecimientos que han tenido lugar hasta ahora. Sigue existiendo la presencia de las Naciones Unidas en Kosovo, bajo la égida de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad. Ha operado a favor de la “autonomía sustancial” y el autogobierno de Kosovo, y, en opinión de algunos, también de su independencia²⁴⁵.

231. Después de todo, esto no es tan sorprendente, si se tiene presente la especial atención prestada por los experimentos contemporáneos de administración internacional de territorios por las Naciones Unidas a las condiciones de vida de la población (en la línea de la análoga preocupación de los anteriores experimentos del sistema de mandatos de la Sociedad de las Naciones, y de los sistemas de administración fiduciaria de las Naciones Unidas – véase *supra*), que revelan una perspectiva *humanizante*. La permanencia de la presencia de las Naciones Unidas en Kosovo, también de ahora en adelante, parece necesaria, en aras de la seguridad humana, así como de la preservación de la paz y la seguridad internacionales en la región.

232. En el otro ejemplo contemporáneo de administración internacional de territorios por las Naciones Unidas, el de *Timor Oriental*, incluso varios años después de la culminación del cometido de la UNTAET y la proclamación de independencia de Timor Oriental, las Naciones Unidas han estado manteniendo una presencia residual en el nuevo Estado de Timor Leste hasta ahora (mediados de 2010)²⁴⁶. ¿Alguien se animaría a sugerir que debiera retirarse? Dificilmente. Con mucha mayor razón, en el caso de Kosovo, habida cuenta de sus antecedentes de hecho, la presencia de las Naciones Unidas allí parece seguir siendo muy necesaria. Kosovo, como Estado *in statu nascendi*, tiene suma necesidad de una “independencia supervisada”, como se recomendó en el *Informe* sobre el futuro de Kosovo (2007) presentado por el Enviado Especial del Secretario General de las Naciones Unidas (Sr. M. Ahtisaari).

233. Dicho *Informe*, presentado a mediados de marzo de 2007 junto con la *Propuesta integral de Acuerdo sobre el Estatuto de Kosovo* elaborada por el Enviado Especial²⁴⁷, contiene propuestas de medidas detalladas encaminadas a: *a)* asegurar la promoción y la protección de los derechos de las comunidades y sus miembros; *b)* la efectiva descentralización del gobierno y la administración pública (para fomentar la participación pública); *c)* la preservación y la protección del patrimonio cultural y religioso. El objetivo

²⁴⁵ Véase, en este sentido, por ejemplo, G. Serra, “The International Civil Administration in Kosovo (...)”, op. cit. *supra* núm. (56), págs. 77 y 78, 81 y 82 y 87.

²⁴⁶ Mediante su resolución 1704 (2006), de 25.08.2006, el Consejo de Seguridad estableció la nueva Misión Integrada de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNMIT), cuyo mandato se ha venido renovando desde entonces (resoluciones del Consejo de Seguridad 1802 (2008), de 25.02.2008, y 1867 (2009), de 26.02.2009); recientemente, mediante su resolución 1912 (2010), de 26.02.2010, el Consejo de Seguridad ha vuelto a renovar el mandato de la UNMIT por un año.

²⁴⁷ Véase los documentos de las Naciones Unidas. S/2007/168 y S/2007/168/Add.1.

final es la formación y la consolidación de una sociedad democrática multiétnica. Con tal fin, Kosovo no tendrá una religión “oficial”, promoverá el retorno voluntario y seguro de los refugiados y desplazados internos, asegurará la *aplicabilidad directa* en el derecho interno de las disposiciones de los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos, asegurará la representación de las comunidades no mayoritarias en su Asamblea, tendrá como idiomas oficiales al albanés y al serbio, asegurará la formación y el establecimiento de un poder judicial independiente fundado en el estado de derecho.

234. Además, Kosovo asegurará la prevalencia del principio fundamental de igualdad y no discriminación, el ejercicio del derecho a la participación en la vida pública y del derecho a la igualdad de acceso a la justicia para todos. En el marco de todas esas medidas propuestas, la salvaguardia de los derechos de los miembros de la comunidad serbia (como minoría) asume especial importancia²⁴⁸, así como la promoción de la preservación del patrimonio cultural y religioso²⁴⁹ de todas las comunidades como parte integral del patrimonio de Kosovo.

235. En su declaración de independencia de 17 de febrero de 2008, la Asamblea de Kosovo expresamente acepta las recomendaciones del Enviado Especial de las Naciones Unidas en su *Propuesta integral de Acuerdo sobre el Estatuto de Kosovo*²⁵⁰, y añade que

“Declaramos que Kosovo es una república democrática, secular y multiétnica, guiada por los principios de no discriminación e igual protección con arreglo a la ley. Protegeremos y promoveremos los derechos de todas las comunidades en Kosovo (...)”²⁵¹.

En la declaración de independencia, la Asamblea de Kosovo, además, acepta la continuación de la presencia de las Naciones Unidas en Kosovo, sobre la base de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad²⁵², y expresa su compromiso de “actuar de manera compatible con los principios de derecho internacional y las resoluciones del Consejo de Seguridad”, incluida la resolución 1244 (1999)²⁵³.

236. El Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas continúa, en efecto, ejerciendo sus funciones en Kosovo hasta la fecha, como recuerda la Corte en el párrafo 92 de la presente Opinión consultiva sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración de independencia relativa a Kosovo*; pero, contra lo que podría inferirse de la breve referencia de la Corte (sin ningún análisis) a los *Informes del Secretario General sobre la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo*, emitidos después de la declaración de independencia por la Asamblea de Kosovo (período 2008-2010)²⁵⁴, la situación en Kosovo no es hoy la misma que en el momento de su declaración de independencia. Un examen de los mencionados *Informes* indica que la situación de Kosovo ha tenido cambios en el período 2008-2010.

237. Así pues, el *Informe del Secretario General* de 24.11.2008, por ejemplo, comentó que

²⁴⁸ Como indican los motines de 2004.

²⁴⁹ Con la existencia y actividad continuas y no perturbadas de la Iglesia Ortodoxa Serbia en Kosovo.

²⁵⁰ Párrafo 12° del preámbulo; párrs. 1, 3, 4, 5 y 12.

²⁵¹ Párr. 2.

²⁵² Párr. 5.

²⁵³ Párr. 12.

²⁵⁴ Desde la declaración de independencia de Kosovo, se han emitido seis Informes del Secretario General sobre la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo, que se reprodujeron en los siguientes documentos de las Naciones Unidas; S/2008/692, de 24.11.2008, págs. 1 a 23; S/2009/149, de 17.03.2009, págs. 1 a 18; S/2009/300, de 10.06.2009, págs. 1 a 17; S/2009/497, de 30.09.2009, págs. 1 a 19; S/2010/169, de 06.04.2010, págs. 1 a 19; y S/2010/5, de 05.01.2010, págs. 1 a 18, respectivamente.

la declaración de independencia de Kosovo y su nueva Constitución planteaban dificultades y problemas para la capacidad de la UNMIK de ejercer su autoridad administrativa, pero nunca ha dicho que las cambiantes circunstancias representaran una violación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad; nunca ha tratado de “anular” esa declaración de independencia (párr. 21). El Secretario General admitió que había hecho ajustes en la UNMIK a la luz de las cambiantes circunstancias, en lugar de oponerse a estas últimas, y añadió que los ajustes se harían mediante un “proceso de reconfiguración” de la presencia internacional en Kosovo (párrs. 22 a 25). Insistió en la mencionada “reconfiguración” de la UNMIK en su *Informes* de 17.03.2009 (párrs. 12 a 14 y 16 y 17), y de 10.06.2009 (párrs. 18 a 20).

238. En su siguiente *Informe*, de 30.09.2009, el Secretario General comunicó que el “ajuste gradual” y la “reconfiguración” de la UNMIK habían “concluido con éxito” (párr. 2), y su papel actual consistía en promover la seguridad y la estabilidad en Kosovo y en los Balcanes (párr. 3), aliviar las tensiones y facilitar la cooperación práctica con todas las comunidades en Kosovo, “así como entre las autoridades de Pristina y Belgrado” (párrs. 3 y 46 y 47). La misma perspectiva se ha mantenido en los dos últimos *Informes del Secretario General* (de 2010), que indican, como esferas de prioridad, las de elecciones y descentralización, seguridad, estado de derecho, regresos, patrimonio cultural y religioso, cuestiones comunitarias, derechos humanos y representación y participación de Kosovo en las reuniones internacionales y regionales (*Informes* de 05.01.2010, párrs. 15 a 46, y de 06.04.2010, párrs. 16 a 38). En suma, ha habido una aparente aceptación por la UNMIK de la nueva situación, después de la declaración de independencia de Kosovo, en vista de sus sucesivos esfuerzos por ajustarse a las circunstancias sobre el terreno, a fin de beneficiar a la población afectada.

239. En conclusión, los Estados existen para los seres humanos y no viceversa. El derecho internacional contemporáneo ya no es indiferente al destino de la población, el más precioso elemento constitutivo de la calidad de Estado. El advenimiento de las organizaciones internacionales, trascendiendo la vieja dimensión interestatal, ha ayudado a poner fin a la inversión de los fines del Estado. Esta distorsión llevó a los Estados a considerarse depositarios finales de la libertad humana, y tratar a los individuos como medios y no como fines en sí mismos, con todas las desastrosas consecuencias que de ello derivaron. La expansión de la personalidad jurídica internacional acarrió la expansión de la responsabilidad internacional.

240. Los Estados que se transformaron en máquinas de opresión y destrucción dejaron de ser Estados a los ojos de su población victimizada. Arrojadadas a la inobservancia generalizada de la ley, sus víctimas buscaron refugio y sobrevivencia en otras partes, en el *jus gentium*, en el derecho de gentes, y, en nuestros tiempos, en el *derecho de las Naciones Unidas*. Me atrevo a albergar la esperanza de que la conclusión de la presente Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia constituya el capítulo final de otro largo episodio de la eterna saga del género humano en su búsqueda de la emancipación de la tiranía y la opresión sistemática.

(Firmado) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE

OPINIÓN SEPARADA DEL MAGISTRADO YUSUF

La Corte restringió excesivamente el alcance de la cuestión que le planteó la Asamblea General — Las declaraciones de independencia per se no están reguladas por el derecho internacional — Lo que puede ser de interés para el derecho internacional son las pretensiones que expresan y los procesos que desencadenan — La Corte podía haber aprovechado esta oportunidad para aclarar el alcance y los contenidos normativos del derecho a la libre determinación, en su concepción poscolonial — El derecho internacional mira con desaprobación la fragmentación de los Estados existentes, pero también confiere algunos derechos a los pueblos, grupos e individuos, incluso el derecho a la libre determinación — El derecho a la libre determinación, en su concepción poscolonial, está reflejado en importantes actos y convenciones — La libre determinación ha de ejercerse principalmente dentro de los límites de Estados existentes — El derecho internacional puede respaldar una pretensión de libre determinación externa en algunas circunstancias excepcionales — La Corte debería haber apreciado si la situación específica en Kosovo podía calificarse como circunstancias excepcionales — Otros foros no han eludido el análisis de las condiciones que deben satisfacer las pretensiones de libre determinación externa — Los criterios que han de considerarse comprenden la existencia de discriminación, la persecución y la denegación de estructuras políticas autónomas — Esos actos deben estar dirigidos contra un grupo racial o étnicamente caracterizado — Una decisión del Consejo de Seguridad de intervenir podría ser un criterio adicional — Es necesario agotar todos los recursos posibles para la realización de la libre determinación interna antes de que se pueda ejercer la libre determinación externa.

Los poderes legislativos de que se ha investido al Representante Especial del Secretario General no son para la promulgación de normas y principios jurídicos internacionales — Los reglamentos de la UNMIK siguen siendo parte de una legislación de base territorial promulgada únicamente para la administración de ese territorio — El Marco Constitucional no forma parte del derecho internacional — Una declaración de independencia adoptada por las instituciones provisionales de autogobierno sólo podría ser considerada ultra vires con respecto al derecho interno de Kosovo.

I. Introducción

1. Aunque estoy en general de acuerdo con la opinión de la Corte y he votado a favor de todos los párrafos de la cláusula dispositiva, tengo serias reservas con respecto al razonamiento de la Corte en algunos aspectos importantes de la Opinión.
2. En primer lugar, al interpretar la cuestión que le planteó la Asamblea General de las Naciones Unidas, dice la Corte que “[l]a respuesta a dicha cuestión depende de la determinación de si el derecho internacional aplicable prohibía la declaración de independencia o no” (párrafo 56). Ello constituye, en mi opinión, una lectura excesivamente restrictiva y estrecha de la cuestión planteada por la Asamblea General. La declaración de independencia de Kosovo es la expresión de una pretensión de obtener separadamente la calidad de Estado y forma parte de un proceso encaminado a crear un nuevo Estado. La cuestión planteada a la Corte por

la Asamblea General atañe a la conformidad con el derecho internacional de la acción llevada a cabo por los representantes del pueblo de Kosovo con el objetivo de establecer ese nuevo Estado sin el consentimiento del Estado de que formaba parte. En otras palabras, se pidió a la Corte que apreciara si el proceso por el cual el pueblo de Kosovo estaba tratando de establecer su propio Estado entrañaba una violación del derecho internacional o no, o si dicho proceso podía considerarse compatible con el derecho internacional en vista de la posible existencia de un derecho afirmativo del pueblo de Kosovo en las circunstancias específicas reinantes en ese territorio. Así pues, la restricción del alcance de la cuestión a la determinación de si el derecho internacional prohibía la declaración de independencia como tal la vacía de gran parte de su sustancia. Desarrollaré más detalladamente esas cuestiones en la Sección II *infra*.

3. Mi segunda reserva se relaciona con la inclusión por la Corte del Marco Constitucional establecido bajo los auspicios de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK) en la categoría de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables con arreglo a los cuales debía apreciarse la legalidad de la declaración de independencia de Kosovo de 17 de febrero de 2008. Es mi opinión que el Marco Constitucional para la administración provisional de Kosovo no forma parte del derecho internacional. Al promulgar legislación para la administración provisional de Kosovo, el Representante Especial del Secretario General puede haber derivado su autoridad de la resolución 1244 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, pero estaba actuando primariamente como administrador territorial sustituto estableciendo reglamentos que se referían exclusivamente al territorio de Kosovo y producían efectos jurídicos a nivel interno. Examinaré más detenidamente esas cuestiones en la Sección III *infra*.

II. El alcance y el significado de la cuestión planteada a la Corte

4. La Corte ha interpretado la cuestión planteada por la Asamblea General en el sentido de que no la obliga

“a asumir una posición acerca de si el derecho internacional confería a Kosovo un derecho afirmativo a declarar unilateralmente su independencia ni, *a fortiori*, acerca de si el derecho internacional confiere generalmente a entidades situadas dentro de un Estado un derecho a separarse unilateralmente de él” (Opinión consultiva, párrafo 56).

Seguramente, a la Corte no se le pedía que se pronunciara sobre el segundo punto, que es de carácter general; pero es lamentable, por las razones indicadas *infra*, que la Corte haya decidido no abordar el primer punto, particularmente en el sentido de apreciar la posible existencia de un derecho a la libre determinación en la situación específica de Kosovo.

5. En primer lugar, como una declaración de independencia no está *per se* regulada por el derecho internacional, no tiene sentido apreciar su juridicidad, como tal, en derecho internacional. Lo que es pertinente para el derecho es lo que la declaración de independencia implica y la pretensión de establecer un nuevo Estado que ella expresa. Si dicha pretensión cumple las condiciones prescritas por el derecho internacional, particularmente en las situaciones de descolonización o de pueblos sometidos a subyugación, dominación y explotación extranjeras, el derecho puede alentarla; pero si viola el derecho internacional, éste puede desalentarla, o

incluso declararla ilegal, como ocurrió en los casos de Rhodesia del Sur y Katanga en el decenio de 1960. En segundo lugar, una apreciación por la Corte de la existencia de un derecho podría haber aclarado el alcance y el contenido jurídico del derecho a la libre determinación, en su concepción poscolonial, y su aplicabilidad al caso específico de Kosovo. En el pasado, la Corte ha contribuido a una mejor comprensión de la esfera de aplicación del derecho a la libre determinación con respecto a situaciones de descolonización o subyugación y ocupación extranjeras. Análogamente, podría haber aprovechado esta oportunidad para definir el alcance y el contenido normativo del derecho poscolonial a la libre determinación, con lo cual habría contribuido, entre otras cosas, a la prevención del mal uso de ese importante derecho por parte de grupos que promueven las divisiones étnicas y tribales dentro de Estados existentes.

6. En tercer lugar, las pretensiones de adquirir separadamente la calidad de Estado por parte de grupos étnicos u otras entidades dentro de un Estado pueden crear situaciones de conflicto armado y pueden plantear una amenaza no sólo para la estabilidad regional, sino también para la paz y la seguridad internacionales. El hecho de que la Corte haya decidido restringir su opinión a la determinación de si la declaración de independencia, como tal, está prohibida por el derecho internacional, sin apreciar la pretensión subyacente de libre determinación externa, puede ser malinterpretada en el sentido de que legitima en derecho internacional a tales declaraciones, formuladas por todo tipo de entidades o grupos separatistas que ya han hecho o están proyectando hacer declaraciones de independencia. En cuarto lugar, la propia Corte admite que “la declaración de independencia es un intento de determinar definitivamente el estatuto de Kosovo” (párrafo 114), pero omite examinar si esa determinación unilateral del estatuto definitivo de Kosovo y su separación del Estado de que formaba parte se ajusta al derecho internacional, como estaba claramente implicado por la cuestión que le planteó la Asamblea General.

7. Pasando ahora a la cuestión de la libre determinación misma, cabe observar ante todo que el derecho internacional mira con desaprobación la fragmentación de los Estados existentes y procura proteger sus fronteras contra la agresión y la intervención extranjeras. También promueve la estabilidad dentro de las fronteras de los Estados, aunque, habida cuenta de su creciente hincapié en los derechos humanos y el bienestar de los pueblos dentro de las fronteras estatales, presta detenida atención a los actos que entrañen atrocidades, persecución, discriminación y crímenes de lesa humanidad cometidos dentro de un Estado. Con tal fin, perfora el velo de la soberanía y confiere algunos derechos internacionalmente protegidos a los pueblos, grupos e individuos que estén sometidos a tales actos, e impone obligaciones a su propio Estado, así como a otros Estados. El derecho a la libre determinación, particularmente en su concepción poscolonial, es uno de esos derechos.

8. Vale la pena recordar, en este contexto, que el derecho a la libre determinación no ha llegado a ser una noción jurídica de mero interés histórico ni ha agotado su papel en derecho internacional luego del fin del colonialismo. De hecho, ha adquirido una renovada importancia luego de su consagración en los dos pactos de derechos humanos de 1966, la Declaración de 1970 sobre las relaciones de amistad (Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, Anexo, *Documentos oficiales de la Asamblea General, vigésimo quinto período de sesiones*,

Suplemento núm. 28, documento de las Naciones Unidas A/5217 (1970), pág. 121), el Acta Final de Helsinki de la OSCE (Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, 1 de agosto de 1975, 14 *I.L.M.* 1292 (Declaración de Helsinki), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Declaración y Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (Declaración de Viena, Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, documento de las Naciones Unidas A/CONF.157/24 (Part I) (1993), pág. 20). Es un derecho que es ejercible continuamente, particularmente dentro del marco de las relaciones entre los pueblos y su propio Estado.

9. En esta concepción poscolonial, el derecho a la libre determinación opera fundamentalmente dentro de los límites de Estados existentes en diversas formas y maneras, particularmente como un derecho de toda la población del Estado a determinar su propio destino político, económico y social y a elegir un gobierno representativo; y, asimismo, como un derecho de una parte definida de la población, que tiene características distintivas sobre la base de la raza o el carácter étnico, a participar en la vida política del Estado, a estar representada en su gobierno y a no sufrir discriminación. Esos derechos han de ejercerse dentro del Estado en que vive la población o el grupo étnico, y consiguientemente constituyen derechos a la libre determinación interna. Ofrecen a los pueblos de que se trata una gama de de derechos dentro de las fronteras del Estado sin amenazar a la soberanía de éste.

10. En contraste, las pretensiones de libre determinación externa de dichos grupos étnica o racialmente diferenciados plantean un desafío para el derecho internacional, así como para sus propios Estados, y muy frecuentemente a la comunidad más amplia de los Estados. Seguramente, no existe en derecho internacional un derecho afirmativo general que faculte a todos los grupos étnica o racialmente distintos dentro de Estados existentes a pretender la calidad de Estado separado, por oposición al derecho específico a la libre determinación externa, que es reconocido por el derecho internacional a favor de los pueblos de los territorios no autónomos y los pueblos sometidos a subyugación, dominación y explotación extranjeras. Así pues, un grupo racial o étnicamente distinto dentro de un Estado, aunque reúna los requisitos para ser considerado un pueblo a los fines de la libre determinación, no tiene derecho a la secesión unilateral simplemente porque desea crear su propio Estado separado, aun cuando ello sea el deseo de todo el grupo. La existencia de ese derecho general en derecho internacional reduciría a la nada la soberanía e integridad territorial de los Estados y llevaría a conflictos interminables y caos en las relaciones internacionales.

11. Sin embargo, esto no significa que el derecho internacional esté ciego al sufrimiento de esos grupos, particularmente en los casos en que el Estado no sólo les niega el ejercicio de su derecho interno a la libre determinación (según se describió *supra*), sino que también los somete a discriminación, persecución y flagrantes violaciones de los derechos humanos o el derecho humanitario. En tales circunstancias excepcionales, el derecho de los pueblos a la libre determinación puede fundamentar una pretensión de obtener por separado la calidad de Estado, siempre que reúnan las condiciones prescritas por el derecho internacional, en una situación específica, teniendo en cuenta el contexto histórico. Esas condiciones pueden rastrearse en diversos instrumentos, entre ellos, la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas,

que, según dijo la Corte en el párrafo 80 de la Opinión consultiva, refleja el derecho internacional consuetudinario. La declaración contiene, bajo el epígrafe del principio de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos, la siguiente cláusula de salvaguardia:

“Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción de raza, credo o color.”

12. Esta disposición deja en claro que, mientras un Estado soberano e independiente cumpla con el principio de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos, no se debe menoscabar ni infringir su integridad territorial y su unidad nacional. Por consiguiente, dicho principio protege primariamente y asigna prioridad a la preservación territorial de los Estados y procura evitar su fragmentación o desintegración por obra de fuerzas separatistas. Sin embargo, la cláusula de salvaguardia contenida en su última parte implica que, si un Estado no se comporta de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos, puede surgir una situación excepcional en la cual el grupo étnica o racialmente distinto al que se deniega la libre determinación interna puede reclamar un derecho a la libre determinación externa o la separación del Estado que ponga efectivamente en tela de juicio la unidad territorial y la soberanía del Estado.

13. Debe admitirse que la situación de Kosovo es especial en muchas formas. La cuestión planteada por la Asamblea General debería haber sido analizada en el contexto de su carácter distintivo y su historia. La violenta ruptura de Yugoslavia, la eliminación de la autonomía de Kosovo por las autoridades de Serbia, la historia de la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad en Kosovo que se describen en la sentencia del TPIY en la causa *Milutinović (El Fiscal c. Milan Milutinović y otros, sentencia de 26 de febrero de 2009)*, y el extenso período de administración de Kosovo por las Naciones Unidas, que separó *de facto* a Kosovo de Serbia a fin de proteger a su población y darle instituciones de autogobierno, son rasgos específicos que no pueden encontrarse en otras partes. La propia Corte tuvo ocasión, en junio de 1999, de hacer referencia a la “tragedia humana, la pérdida de vidas y el enorme sufrimiento en Kosovo...” (*Legalidad del uso de la fuerza (Yugoslavia c. Bélgica), Medidas provisionales, Providencia de 2 de junio de 1999, I.C.J. Reports 1999 (I)*, pág. 131, párr. 16). Habida cuenta de este concepto específico, había ante la Corte, en mi opinión, suficientes materiales que le permitían apreciar si la situación en Kosovo reflejaba el tipo de circunstancias excepcionales que pueden transformar un derecho a la libre determinación interna en el derecho de reclamar la calidad de Estado por separado del Estado de que formaba parte.

14. Esta cuestión ha sido considerada en otros foros. Por ejemplo, la ausencia de tales circunstancias excepcionales en la causa relativa a *Katanga (República Democrática del Congo)* fue descrita por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en la causa *Congreso de los Pueblos Katangueses c. el Zaire*, en los términos siguientes:

“En ausencia de pruebas concretas de violaciones de los derechos humanos en grado tal que deba ponerse en tela de juicio la integridad territorial del Zaire, y en ausencia de pruebas de que al pueblo de Katanga se le niega el derecho a participar en el gobierno, garantizado por el Artículo 13 1) de la Carta Africana, la Comisión es de opinión de que Katanga está obligada a ejercer una variante de la libre determinación que sea compatible con la soberanía e integridad territorial de Zaire.” (*Causa 75/92, Congreso de los Pueblos Katanguéses c. Zaire*, pág. 1.)

En otras palabras, la Comisión determinó que el pueblo katangués debía ejercer su derecho a la libre determinación internamente, a menos que se pudiera demostrar claramente que sus derechos humanos eran flagrantemente violados por el Gobierno del Zaire y que se le negaba el derecho a participar en el gobierno.

15. Análogamente, la Corte Suprema del Canadá en la *Remisión relativa a la Secesión de Quebec*, al paso que admitió que puede existir el derecho a la libre determinación externa cuando a un pueblo se le niega toda forma significativa de ejercicio de su derecho a la libre determinación internamente, concluyó en los términos siguientes:

“Un Estado cuyo gobierno representa a la totalidad del pueblo o de los pueblos residentes dentro de su territorio, sobre una base de igualdad y sin discriminación, y respeta los principios de libre determinación en sus arreglos internos, tiene derecho a mantener su integridad territorial reconocida por los demás Estados. Quebec no reúne los requisitos mínimos para ser un pueblo colonial o un pueblo oprimido, ni es posible sugerir que a los quebequenses se les ha denegado el acceso significativo al gobierno para procurar su desarrollo político, económico, cultural y social.” (*Remisión por el Gobernador General relativa a algunas cuestiones atinentes a la secesión de Quebec del Canadá*, ([1998] 2 S.C.R. 217; 161 D.L.R. (4th) 385; 115 Int. Law Reps. 536), párr. 154).

16. Para determinar si una situación específica constituye un caso excepcional que pueda legitimar una pretensión de libre determinación externa, es preciso considerar determinados criterios, tales como la existencia de discriminación contra un pueblo, su persecución a causa de sus características raciales o étnicas, y la denegación de estructuras políticas autónomas y acceso al gobierno. Una decisión del Consejo de Seguridad de intervenir también podría ser un criterio adicional para evaluar las circunstancias excepcionales que puedan conferir legitimación a las demandas de libre determinación externa que planteen un pueblo al que se deniega el ejercicio de su derecho a la libre determinación interna. De todos modos, incluso cuando existen esas circunstancias excepcionales, no se infiere necesariamente que el pueblo de que se trata tenga un derecho automático a adquirir separadamente la calidad de Estado. Es necesario agotar todos los recursos posibles para la realización de la libre determinación interna antes de que la cuestión sea removida de la jurisdicción interna del Estado que hasta entonces había ejercido soberanía sobre el territorio habitado por el pueblo que formula la pretensión. En este contexto, el papel de la comunidad internacional, y en particular del Consejo de Seguridad y la Asamblea General, es de importancia fundamental.

17. En el caso específico de Kosovo, la Asamblea General ha solicitado la opinión consultiva de la Corte para arrojar luz sobre la conformidad de la declaración de independencia con el derecho internacional, lo cual implicaba, en mi opinión, la necesidad de una apreciación de si la especial situación de dicho territorio, en vista de su historia y de los acontecimientos recientes que llevaron a la administración

provisional de las Naciones Unidas y a su declaración de independencia, podían llegar a dar a su pueblo el derecho a pretender por separado la calidad de Estado sin el consentimiento del Estado de que formaban parte. La Corte tenía una oportunidad singular de apreciar, en una situación específica y concreta, las condiciones jurídicas que deben reunirse para que ese derecho a la libre determinación se materialice y dé legitimidad a una pretensión de separación. Lamentablemente, la Corte no aprovechó esa oportunidad, lo cual habría permitido aclarar el alcance y el contenido normativo del derecho a la libre determinación externa, en su concepción poscolonial, y de tal modo contribuir, entre otras cosas, a la prevención de pretensiones de independencia injustificadas que puedan llevar a inestabilidad y conflictos en diversas partes del mundo.

III. La naturaleza jurídica de los reglamentos de la UNMIK

18. En el párrafo 88 de la Opinión consultiva, la Corte observa que: “[e]l Marco Constitucional deriva su fuerza vinculante del carácter vinculante de la resolución 1244 (1999) y por lo tanto del derecho internacional. Por consiguiente, en ese sentido posee un carácter jurídico internacional”. Esa afirmación confunde la fuente de la autoridad para la promulgación de los reglamentos de Kosovo y la naturaleza de los reglamentos mismos. Las administraciones internacionales tienen que actuar en una doble calidad cuando ejercen su competencia reglamentaria. Aunque actúen bajo la autoridad de instituciones internacionales tales como las Naciones Unidas, los reglamentos que adopten pertenecen al orden jurídico interno del territorio bajo administración internacional. Los poderes legislativos de que está investido el Representante Especial del Secretario General en Kosovo con arreglo a la resolución 1244 no son para la promulgación de normas y principios jurídicos internacionales, sino para legislar para Kosovo y establecer leyes y reglamentos que son exclusivamente aplicables a nivel interno. El hecho de que el ejercicio de funciones legislativas por el Representante Especial del Secretario General pueda estar sujeto al control del derecho internacional, o haya derivado de la autoridad a él conferida por una resolución del Consejo de Seguridad no hace que dichos reglamentos adquieran la calidad de normas de derecho internacional a los efectos de la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General.

19. El marco Constitucional promulgado por el Representante Especial del Secretario General operó como la Constitución de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo y formaba parte de las leyes internas de Kosovo que, según se prevé específicamente en el reglamento 1999/24 de la UNMIK, comprendían: “a) los reglamentos promulgados por el Representante Especial del Secretario General y los instrumentos subsidiarios, y b) el derecho en vigor en Kosovo el 22 de marzo de 1989”. No hay diferencias en los efectos jurídicos o la fuerza vinculante de las leyes existentes en Kosovo, independientemente de si fueron emitidas por la UNMIK o por Yugoslavia/Serbia antes de 1989. El Marco Constitucional, así como todos los demás reglamentos promulgados por el Representante Especial del Secretario General forman parte de un sistema jurídico interno establecido sobre la base de una atribución de competencia derivada de una fuente jurídica internacional. Sin embargo, la existencia de esa atribución de competencia no hace que adquieran la calidad de parte del derecho internacional. En cambio, pertenecen al sistema jurídico que rige a Kosovo durante el período provisional y después de él. Forman parte de una legislación de base territorial que fue promulgada única y exclusivamente para

la administración de ese territorio. Ello queda claro en virtud de la interfaz con la legislación preexistente de Yugoslavia/Serbia promulgada antes de 1989, que también sigue estando en vigor en Kosovo.

20. La cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General atañe a la conformidad de la declaración de independencia de Kosovo con el derecho internacional. El Marco Constitucional promulgado por el Representante Especial del Secretario General no forma parte del derecho internacional. Aun cuando la declaración de independencia haya sido adoptada por las instituciones provisionales de autogobierno en violación del Marco Constitucional, dicha acción sólo podría ser considerada *ultra vires* con respecto al derecho interno de Kosovo, y tendría que haber sido objeto de medidas por parte del Representante Especial del Secretario General, en su calidad de administrador del territorio, o por parte de la Corte Suprema de Kosovo. Así pues, no era necesario que la Corte afirmara que los “autores de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no actuaron como una de las instituciones provisionales de autogobierno dentro del Marco Constitucional, sino como personas que actuaban en conjunto en su calidad de representantes del pueblo de Kosovo fuera del marco de la administración provisional” (párrafo 109). Asimismo, es un argumento muy inconvincente.

21. La cuestión sobre la cual la Asamblea General solicitó la opinión consultiva se refería explícitamente a la “Declaración de independencia de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo”. Además, a la Corte no se le solicitó que emitiera una opinión consultiva sobre la compatibilidad de la declaración de independencia con el Marco Constitucional que, en mi opinión, no forma parte del derecho internacional, y por consiguiente no debía haber sido tomada en cuenta para apreciar la conformidad de la declaración de independencia de Kosovo con el derecho internacional.

(Firmado) Abdulqawi A. YUSUF
