

180. CONFORMIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE INDEPENDENCIA RELATIVA A KOSOVO

Opinión consultiva de 22 de julio de 2010

El 22 de julio de 2010, la Corte Internacional de Justicia emitió su opinión consultiva sobre la cuestión de la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo.

La composición de la Corte fue la siguiente: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Buergenthal, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood; Secretario Couvreur.

*

* *

El último párrafo (párr. 123) de la opinión consultiva dice lo siguiente:

“... ”

LA CORTE,

1) Por unanimidad,

Determina que tiene competencia para emitir la opinión consultiva solicitada;

2) Por nueve votos contra cinco,

Decide dar cumplimiento a la solicitud de opinión consultiva;

A FAVOR: Presidente Owada; Magistrados Al-Khasawneh, Buergenthal, Simma, Abraham, Sepúlveda-Amor, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood;

EN CONTRA: Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Keith, Bennouna, Skotnikov;

3) Por diez votos contra cuatro,

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

A FAVOR: Presidente Owada; Magistrados Al-Khasawneh, Buergenthal, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood;

EN CONTRA: Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Bennouna, Skotnikov.

*

* *

El Vicepresidente Tomka adjunta una declaración a la opinión consultiva de la Corte; el Magistrado Koroma adjunta una opinión disidente a la opinión consultiva de la Corte; el Magistrado Simma adjunta una declaración a la opinión consultiva de la Corte; los Magistrados Keith y Sepúlveda-Amor adjuntan sendas opiniones separadas a la opinión consultiva de la Corte; los Magistrados Bennouna y Skotnikov adjuntan sendas opiniones disidentes a la opinión

consultiva de la Corte; los Magistrados Cançado Trindade y Yusuf adjuntan sendas opiniones separadas a la opinión consultiva de la Corte.

*

* *

Antecedentes del procedimiento (párrs. 1 a 16)

En primer lugar, la Corte recuerda que la cuestión sobre la que se ha solicitado la opinión consultiva se enuncia 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. Recuerda también que la cuestión dice lo siguiente: “¿Se ajusta al derecho internacional la declaración unilateral de independencia formulada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo?”

Seguidamente, la Corte proporciona un breve resumen de los antecedentes del procedimiento.

Razonamiento de la Corte

La opinión consultiva se divide en cinco partes: I) Competencia y facultad discrecional; II) Alcance y significado de la cuestión; III) Antecedentes fácticos; IV) La cuestión de si la declaración unilateral de independencia de Kosovo se ajusta al derecho internacional; y V) Conclusión general.

I. *Competencia y facultad discrecional* (párrs. 17 a 48)

A. *Competencia* (párrs. 18 a 28)

En primer lugar, la Corte aborda la cuestión de si tiene 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 párrafo 1 del artículo 65 de su Estatuto, que dispone que “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.”

La Corte señala que la Asamblea General está facultada para solicitar una opinión consultiva en virtud del Artículo 96 de la Carta, que dispone que “[l]a Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica”. Recuerda que el párrafo 1 del Artículo 12 de la Carta estipula 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”.

La Corte observa, sin embargo, como ya señaló en una ocasión anterior, que “la solicitud de opinión consultiva no es en sí misma una recomendación de la Asamblea General Ocon respecto a [una] controversia o situación0” (*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). En consecuencia, la Corte señala que si bien el Artículo 12 puede limitar el alcance de las medidas que pueda aprobar la Asamblea General después de recibir la opinión de la Corte, no limita por sí mismo la autorización de solicitar una opinión consultiva que el párrafo 1 del Artículo 96 otorga a la Asamblea General.

La Corte observa que, en el presente caso, la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General es si la declaración de independencia a que se refiere “se ajusta al derecho internacional”. Una cuestión en que expresamente se pregunta a la Corte si una acción en particular es compatible o no con el derecho internacional ciertamente parece ser una cuestión jurídica. También observa que, en el presente caso, no se le ha pedido que emita una opinión sobre si la declaración de independencia se ajusta a alguna norma de derecho interno, sino solamente si se ajusta al derecho internacional. La Corte puede responder a esa cuestión haciendo referencia al derecho internacional, sin necesidad de investigar ningún sistema de derecho interno.

La Corte recuerda que ha manifestado repetidamente que el hecho de que una cuestión tenga aspectos políticos no basta para privarla de su naturaleza 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). La Corte añade que, cualesquiera sean sus aspectos políticos, no puede negarse a responder a los elementos jurídicos de una cuestión que la invita a ejercer una función esencialmente judicial, es decir, la evaluación de un acto por referencia al derecho internacional. La Corte también ha dejado en claro que, al determinar la cuestión —relacionada con la competencia— de si tiene ante sí una cuestión jurídica, no le preocupa la naturaleza política de los motivos que puedan haber inspirado la solicitud ni las consecuencias políticas que pudiera tener su opinión (*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).

Teniendo en cuenta lo que antecede, “la Corte considera que es competente para emitir una opinión consultiva en respuesta a la solicitud hecha por la Asamblea General”.

B. *Facultad discrecional* (párrs. 29 a 48)

Acto seguido la Corte señala que “el hecho de que la Corte sea competente no quiere decir que esté obligada a ejercer su competencia”;

“La Corte ha recordado muchas veces en el pasado que el párrafo 1 del Artículo 65 de su Estatuto, que establece que ‘La Corte podrá emitir opiniones consultivas...’ (sin cursiva en el original), debería interpretarse en el sentido de que la Corte tiene la facultad discrecional para 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 de 9 de julio de 2004, I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 156, párr. 44).

La Corte observa que la facultad discrecional de responder o no a una solicitud de opinión consultiva existe “para proteger la integridad de la función judicial de la Corte y su naturaleza como principal órgano judicial de las Naciones Unidas”.

Llegada a este punto, la Corte examina cuidadosamente si, a la luz de su jurisprudencia anterior, existen razones imperiosas para negarse a responder a la solicitud de la Asamblea General. Señala que la competencia consultiva no es un recurso judicial puesto a disposición de los Estados, sino el medio por el cual la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, así como otros órganos de las Naciones Unidas y otros organismos específicamente facultados para ello por la Asamblea General, con arreglo al párrafo 2 del Artículo 96 de la Carta, pueden solicitar la opinión de la Corte para asistirlos en sus actividades. La opinión de la Corte no se da a los Estados sino al órgano que la solicitó. La Corte considera que, “precisamente por esa razón, los motivos de los Estados patrocinadores de una resolución por la que se solicita una opinión consultiva, o de los que votan en favor de ella, no son pertinentes para que la Corte ejerza su facultad discrecional de responder o no”.

La Corte recuerda que ha sostenido de manera sistemática que corresponde 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 el argumento de que debía negarse a responder a la solicitud de la Asamblea General con fundamento en que ésta no había explicado a la Corte los fines para los cuales solicitaba una opinión, manifestando que

“No cabe a la Corte decidir si la Asamblea necesita la opinión consultiva para el desempeño de sus funciones. La Asamblea 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)

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

La Corte considera que tampoco debe negarse a responder a la solicitud de la Asamblea General con fundamento en las sugerencias de que quizás su opinión dé lugar a consecuencias políticas negativas. De la misma manera en que la Corte no puede sustituir con su propia evaluación la del órgano solicitante respecto de si su opinión será útil para ese órgano, no puede —en particular cuando no hay fundamento para hacer ese tipo de evaluación— imponer su propia evaluación respecto de si la opinión consultiva probablemente tendrá un efecto negativo.

Una cuestión importante que la Corte debe examinar es si, habida cuenta de las funciones respectivas que desempeñan el Consejo de Seguridad y la Asamblea General en relación con la situación en Kosovo, la Corte, en su condición de principal órgano judicial de las Naciones Unidas, debe abstenerse de responder a la cuestión planteada con fundamento en que la solicitud de opinión de la Corte fue hecha por la Asamblea General y no por el Consejo de Seguridad.

La Corte observa que la situación en Kosovo ha sido objeto de medidas del Consejo de Seguridad, en ejercicio de su responsabilidad en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, por más de 10 años antes de la presente solicitud de opinión consultiva.

Señala que la Asamblea General también aprobó resoluciones relativas a la situación en Kosovo. Antes de la aprobación por el Consejo de Seguridad de la resolución 1244 (1999), la Asamblea General aprobó cinco resoluciones sobre la situación de los derechos humanos en Kosovo. Después de la resolución 1244 (1999), la Asamblea General aprobó una nueva resolución sobre la situación de los derechos humanos en Kosovo.

La Corte estima que, si bien la solicitud que se le hizo se refiere a uno de los aspectos de una situación que el Consejo de Seguridad ha calificado de amenaza a la paz y seguridad internacionales y que por tal razón sigue estando incluida en el orden del día del Consejo, ello no significa que la Asamblea General no tenga un interés legítimo en la cuestión. Los Artículos 10 y 11 de la Carta otorgan a la Asamblea General una facultad muy amplia de debatir cuestiones en el ámbito de las actividades de las Naciones Unidas, incluidas cuestiones relativas a la paz y seguridad internacionales. Esa facultad no está limitada por la responsabilidad en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales otorgada al Consejo de Seguridad por el párrafo 1 del Artículo 24. Como la Corte dejó en claro en el párrafo 26 de su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, “el Artículo 24 se refiere a una competencia primordial pero no necesariamente exclusiva”. El hecho de que el Consejo de Seguridad se esté ocupando de la situación en Kosovo y que haya ejercido las facultades que le asigna el Capítulo VII respecto de esa situación no impide que la Asamblea General debata todos los aspectos de la cuestión, incluida 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, que restringe la facultad de la Asamblea General de formular recomendaciones después del debate, pero no la de celebrar ese debate.

La Corte observa además que el Artículo 12 no prohíbe a la Asamblea General adoptar medidas respecto de amenazas a la paz y seguridad internacionales de las que se esté ocupando el Consejo de Seguridad. La Corte consideró esa cuestión con algún 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 donde señaló que con el transcurso del tiempo se ha observado un aumento en la tendencia de que la Asamblea General y el Consejo de Seguridad aborden en paralelo una misma cuestión relativa al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

En el presente caso, la Corte ya ha sostenido que el Artículo 12 de la Carta no la priva de la competencia conferida por el párrafo 1 del Artículo 96. La Corte considera que el hecho de que una cuestión entre dentro de la responsabilidad primordial que incumbe al Consejo de Seguridad respecto de situaciones que puedan afectar el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y que el Consejo haya ejercido sus facultades en tal sentido no impide a la Asamblea General debatir esa situación ni, dentro de los límites establecidos por el Artículo 12, formular recomendaciones al respecto.

La Corte recuerda que el propósito de la competencia consultiva es permitir que los órganos de las Naciones Unidas y otros organismos autorizados obtengan opiniones de la Corte que les presten asistencia en el desempeño futuro de sus funciones. La Corte no puede determinar qué medidas quizás desee adoptar la Asamblea General después de recibir la opinión de la Corte o qué efecto podría tener la opinión en relación con esas medidas. Como ha quedado demostrado, la Asamblea General está facultada para debatir la declaración de independencia y, dentro de los límites considerados *supra*, formular recomendaciones respecto de ese u otros aspectos de la situación en Kosovo sin inmiscuirse en las facultades del Consejo de Seguridad. En consecuencia, el hecho de que hasta el momento la declaración de independencia se haya debatido únicamente en el Consejo de Seguridad y que el Consejo haya sido el órgano que ha adoptado medidas respecto de la situación en Kosovo no constituye una razón imperiosa para que la Corte se abstenga de responder a la solicitud hecha por la Asamblea General.

La Corte también señala que en el pasado la Asamblea General ha adoptado medidas respecto de la situación en Kosovo. Entre 1995 y 1999, la Asamblea General aprobó seis resoluciones relativas a la situación de los derechos humanos en Kosovo. A partir de 1999 todos los años la Asamblea General ha aprobado, con arreglo al párrafo 1 del Artículo 17 de la Carta, el presupuesto de la UNMIK. En consecuencia, la Corte observa que, respecto de la situación en Kosovo, la

Asamblea General ha desempeñado funciones que le son propias.

La Corte señala que el hecho de que tenga necesariamente que interpretar y aplicar las disposiciones de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad en el curso de su respuesta a la cuestión planteada por la Asamblea General no constituye una razón imperiosa para no responder a esa cuestión. Si bien la interpretación y aplicación de una decisión de uno de los órganos políticos de las Naciones Unidas es, en primer lugar, responsabilidad del órgano que adoptó la decisión, a la Corte, en su condición de principal órgano judicial de las Naciones Unidas, también se le ha solicitado frecuentemente que considere la interpretación y los efectos jurídicos de ese tipo de decisiones. En consecuencia, la Corte estima que no resulta en absoluto incompatible con la integridad de su función judicial que se dedique a esa tarea. A su juicio, en realidad, la cuestión es si debe abstenerse de responder a la solicitud de la Asamblea General a menos que se lo pida el Consejo de Seguridad, siendo este último, como la Corte recuerda, tanto el órgano que aprobó la resolución 1244 como el que es responsable, en primer lugar, de interpretarla y aplicarla. La Corte observa que “[c]uando, como en el presente caso, la Asamblea General tiene un interés legítimo en la respuesta en cuestión, el hecho de que la respuesta puede referirse en parte a una decisión del Consejo de Seguridad no es suficiente para justificar que la Corte se abstenga de dar su opinión a la Asamblea General”. De lo que antecede, la Corte concluye que “no hay razones imperiosas para abstenerse de ejercer su competencia respecto de la ... solicitud” que tiene ante sí.

II. Alcance y significado de la cuestión (párrs. 49 a 56)

En esta parte de su opinión consultiva, la Corte examina el alcance y significado de la cuestión sobre la cual la Asamblea General ha solicitado que emita su opinión. La Corte recuerda que en algunos casos anteriores “se apartó de la redacción de la cuestión planteada cuando ésta no se había formulado de manera adecuada” (véase, por ejemplo, *Interpretación del acuerdo greco-turco de 1 de diciembre de 1926 (Protocolo Final, artículo IV), opinión consultiva, 1928, P.C.I.J., Series B, No. 16*) o cuando determinó, con fundamento en su examen de los antecedentes de la solicitud, que ésta no reflejaba las “cuestiones jurídicas realmente procedentes” (*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*). Igualmente, cuando la cuestión formulada era poco clara o vaga, la Corte la aclaró antes de emitir su opinión (*Petición de revisión del fallo No. 273 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1982, pág. 348, párr. 46*).

La Corte observa que la cuestión planteada por la Asamblea General está claramente formulada. Se trata de una cuestión acotada y específica; se solicita la opinión de la Corte sobre si la declaración de independencia se ajusta o no al

derecho internacional. Señala que no se pregunta sobre las consecuencias jurídicas de esa declaración. En particular, no se pregunta si Kosovo ha alcanzado la condición de Estado. Tampoco se pregunta sobre la validez o los efectos jurídicos del reconocimiento de Kosovo por los Estados que lo han reconocido como Estado independiente. En consecuencia, la Corte considera que no hay motivos para reformular el alcance de la cuestión.

Sin embargo, considera que hay dos aspectos de la cuestión que merecen una observación. En primer lugar, la cuestión se refiere a “la declaración unilateral de independencia formulada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo” (resolución 63/3 de la Asamblea General, de 8 de octubre de 2008, único párrafo dispositivo; sin cursiva en el original). Además, en el tercer párrafo del preámbulo de la resolución de la Asamblea General, se recuerda que “el 17 de febrero de 2008 las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo declararon su independencia de Serbia”. El hecho de que hayan sido las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo las que promulgaron la declaración de independencia fue impugnado por varios participantes en el presente procedimiento. La identidad de los autores de la declaración de independencia, como se demuestra *infra*, es un aspecto que puede afectar la respuesta a la cuestión de si la declaración se ajusta o no al derecho internacional. Sería incompatible con el ejercicio adecuado de la función judicial que la Corte considerara que ese aspecto ya ha sido determinado por la Asamblea General.

Tampoco considera la Corte que la Asamblea General pretendiera restringir la libertad de la Corte de determinar ese aspecto por sí misma. La Corte observa que el tema del programa en virtud del cual se debatió la resolución 63/3 no hacía referencia a la identidad de los autores de declaración y se tituló 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 2008; sin cursiva en el original). La redacción de ese tema del programa fue propuesta por la República de Serbia, único patrocinador de la resolución 63/3, cuando pidió su inclusión como tema complementario del programa del sexagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General. El elemento común en el tema del programa y el título mismo de la resolución es si la declaración de independencia se ajusta al derecho internacional. Además, en los debates sobre el proyecto de resolución no se examinó la identidad de los autores de la declaración ni la diferencia de redacción entre el título de la resolución y la cuestión que se planteó a la Corte (A/63/PV.22).

Como la Corte manifestó en un contexto diferente:

“No se debe presumir que la Asamblea General ... ha tratado de restringir u obstaculizar a la Corte en el ejercicio de sus funciones judiciales; la Corte debe tener plena libertad para examinar todos los datos disponibles de que

disponga para formarse una opinión sobre la cuestión sobre la que se le pide una opinión consultiva.” (*Ciertos gastos de las Naciones Unidas (párrafo 2 del Artículo 17 de la Carta), opinión consultiva, I.C.J. Reports 1962*, pág. 157.)

La Corte estima que esa consideración es aplicable al presente caso. Al evaluar si la declaración de independencia se ajusta o no al derecho internacional, la Corte debe tener libertad para examinar todos los antecedentes y decidir por sí misma si esa declaración fue promulgada por las instituciones de gobierno autónomo o por alguna otra entidad.

Seguidamente, la Corte señala, en el párrafo 56 de la opinión, que la Asamblea General ha preguntado si la declaración de independencia “se ajusta” al derecho internacional y la respuesta a esa cuestión gira en torno a si el derecho internacional aplicable prohíbe la declaración de independencia. Si la Corte concluye que así lo hace, debe responder a la cuestión planteada diciendo que la declaración de independencia no se ajusta al derecho internacional. De ello se desprende que la tarea que se ha pedido a la Corte es determinar si la declaración de independencia se aprobó o no en infracción del derecho internacional. La cuestión planteada a la Corte no la obliga a adoptar una posición sobre si el derecho internacional otorgaba a Kosovo un derecho positivo de declarar unilateralmente su independencia o, *a fortiori*, sobre si el derecho internacional otorga en general un derecho a entidades situadas dentro de un Estado a separarse unilateralmente de éste. De hecho, es enteramente posible que un acto en particular, como una declaración unilateral de independencia, no infrinja el derecho internacional sin que necesariamente constituya el ejercicio de un derecho que éste le confiere. Se ha pedido a la Corte una opinión sobre el primer punto, no el segundo”.

III. *Antecedentes fácticos* (párrs. 57 a 77)

La Corte prosigue en su razonamiento indicando que “[l]a declaración de independencia de [Kosovo aprobada el] 17 de febrero de 2008 debe examinarse en el contexto fáctico que desembocó en su aprobación”. Describe brevemente las características pertinentes del marco establecido por el Consejo de Seguridad para asegurar la administración provisional de Kosovo, es decir, la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y los reglamentos promulgados con arreglo a ésta por la Misión de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK). Luego la Corte hace una breve descripción de los acontecimientos relacionados con el llamado “proceso relativo al estatuto definitivo” en los años que precedieron a la aprobación de la declaración de independencia, antes de pasar a los acontecimientos del 17 de febrero del 2008.

IV. *Conformidad de la declaración de independencia con el derecho internacional* (párrs. 78 a 121)

En esta parte de su opinión consultiva la Corte examina el fondo de la solicitud presentada por la Asamblea General.

Recuerda que se le ha pedido que evalúe la conformidad de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 con el “derecho internacional”.

A. *Derecho internacional general* (párrs. 79 a 84)

La Corte señala en primer lugar que en los siglos XVIII y XIX y a comienzos del siglo XX se realizaron muchas declaraciones de independencia que, con frecuencia, suscitaron la enérgica oposición del Estado respecto del cual se declaraba la independencia. Esas declaraciones a veces dieron lugar a la creación de un nuevo Estado, y otras no. Sin embargo, en conjunto la práctica de los Estados no sugiere en ningún caso que el hecho de promulgar la declaración se considerara contrario al derecho internacional. Por el contrario, de la práctica de los Estados en ese período se desprende claramente que el derecho internacional no prohibía las declaraciones de independencia. En la segunda mitad del siglo XX, el derecho internacional en materia de libre determinación evolucionó hasta dar lugar a un derecho a la independencia de los pueblos de los territorios no autónomos y de los pueblos sometidos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras. Han surgido muchos Estados nuevos a raíz del ejercicio de este derecho. Sin embargo, también ha habido casos de declaraciones de independencia fuera de este contexto. La práctica de los Estados en estos últimos casos no revela la aparición en el derecho internacional de una nueva norma que prohíba la adopción de una declaración de independencia en tales casos.

La Corte recuerda que el principio de integridad territorial “es un elemento importante del ordenamiento jurídico internacional y está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, en particular en el párrafo 4 del Artículo 2, a tenor del cual:

“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 a la 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), fallo, 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”. Esa resolución enumeraba a continuación distintas obligaciones de los Estados de no violar

la integridad territorial de otros Estados soberanos. En ese 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), estableció que “los Estados participantes respetarán la integridad territorial de cada uno de los Estados participantes” (Art. IV). Así pues, la Corte señala que “el alcance del principio de integridad territorial se circunscribe al ámbito de las relaciones entre Estados”.

La Corte observa, no obstante, que si bien el Consejo de Seguridad ha condenado determinadas declaraciones de independencia, en todos esos casos el Consejo de Seguridad se pronunció sobre la situación concreta que existía en el momento en que se realizaron las declaraciones de independencia, y señala que “la ilegalidad de tales declaraciones no se derivaba, por tanto, de su carácter unilateral, sino del hecho de que iban o habrían ido acompañadas de un uso ilícito de la fuerza o de otras infracciones graves de las normas del derecho internacional general, en particular las de carácter imperativo (*jus cogens*)”. La Corte señala que “[e]n el contexto de Kosovo, el Consejo de Seguridad nunca ha adoptado esa posición”. Para la Corte, el carácter excepcional de las resoluciones antes mencionadas parece confirmar que no cabe inferir ninguna prohibición general de las declaraciones unilaterales de independencia de la práctica del Consejo de Seguridad.

La Corte considera que en el presente caso no es necesario pronunciarse sobre la cuestión de si, fuera del contexto de los territorios no autónomos y de los pueblos sometidos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras, el derecho internacional en materia de libre determinación confiere a una parte de la población de un Estado existente un derecho a separarse de ese Estado, o si el derecho internacional contempla un derecho a la “secesión como remedio” y, en tal caso, en qué circunstancias. Recuerda que la Asamblea General únicamente ha solicitado la opinión de la Corte sobre la conformidad o no de la declaración de independencia con el derecho internacional. La Corte señala que el debate sobre el alcance del derecho a la libre determinación y la existencia de un eventual derecho a la “secesión como remedio” se refiere en cambio al derecho a separarse de un Estado. Esa cuestión excede el marco de la cuestión planteada por la Asamblea General. Para responder a esta última, la Corte solo necesita determinar si la declaración de independencia vulneró el derecho internacional general o la *lex specialis* creada por la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad.

Por los motivos ya expuestos, la Corte considera que el derecho internacional general no contiene ninguna prohibición de las declaraciones de independencia aplicable y llega por tanto a la conclusión de que la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no vulneró el derecho internacional general.

B. *La resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y el Marco Constitucional de la UNMIK creado al amparo de ella* (párrs. 85 a 121)

Acto seguido la Corte examina la pertinencia jurídica de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, aprobada el 10 de junio de 1999, y señala que el marco jurídico de la Carta de las Naciones Unidas, en particular sobre la base de sus Artículos 24 y 25 y de su Capítulo VII, el Consejo de Seguridad puede aprobar resoluciones por las que se impongan obligaciones de derecho internacional. Recuerda que 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 tanto, impone claramente obligaciones jurídicas internacionales.

La Corte observa que los reglamentos de la UNMIK, incluido el reglamento 2001/9, por el que se promulgó el Marco Constitucional, son aprobados por el Representante Especial del Secretario General en virtud de la autoridad que le confiere la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y por tanto, en última instancia, la Carta de las Naciones Unidas. Añade que fuerza obligatoria del Marco Constitucional “se deriva del carácter vinculante de la resolución 1244 (1999) y, por tanto, del derecho internacional” y que, en ese sentido, reviste, por tanto, carácter jurídico internacional”.

La Corte observa también que el Marco Constitucional forma parte al mismo tiempo de un ordenamiento jurídico específico creado con arreglo a la resolución 1244 (1999) que es aplicable solo en Kosovo y cuyo objetivo es regular, durante la fase provisional establecida en esa resolución, cuestiones que habitualmente serían objeto del derecho interno y no del derecho internacional. El reglamento 2001/9 comienza señalando que el Marco Constitucional se promulgó “con el fin de desarrollar un gobierno autónomo sustancial hasta que se llegue a una solución definitiva, y de establecer instituciones provisionales de gobierno autónomo en las ramas legislativa, ejecutiva y judicial por medio de la participación del pueblo de Kosovo en elecciones libres y limpias”.

Así pues, el Marco Constitucional pasó a formar parte del conjunto de normas aprobadas para la administración de Kosovo durante la fase provisional. Las instituciones creadas por el Marco Constitucional estaban facultadas por este para adoptar decisiones con efectos dentro de ese conjunto de normas. En particular, la Asamblea de Kosovo estaba facultada para aprobar normas con fuerza de ley dentro de ese ordenamiento jurídico, con sujeción a la autoridad preponderante del Representante Especial del Secretario General.

La Corte observa que tanto la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad como el Marco Constitucional otorgan al Representante Especial del Secretario General considerables facultades de supervisión en relación con las instituciones provisionales de autogobierno.

La Corte observa que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y el Marco Constitucional seguían estan-

do en vigor y siendo aplicables el 17 de febrero de 2008. El párrafo 19 de la resolución 1244 (1999) prevé 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 que modificara esa resolución en la sesión que celebró el 18 de febrero de 2008, cuando se debatió por primera vez sobre la declaración de independencia, ni en ninguna sesión posterior. Ni la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad ni el Marco Constitucional contienen cláusulas que prevean su terminación ni han sido derogados; por tanto, constituían el derecho internacional aplicable a la situación imperante en Kosovo el 17 de febrero de 2008. Por otro lado, la Corte observa que el Representante Especial del Secretario General sigue ejerciendo sus funciones en Kosovo y además que el Secretario General ha seguido presentando informes periódicos al Consejo de Seguridad según lo establecido en el párrafo 20 de la resolución 1244 (1999).

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 se debe examinar para responder 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 (párrs. 94 a 100)

Antes de continuar con su examen, la Corte recuerda diversos factores pertinentes para la interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad. Observa que si bien cabe recurrir a las normas sobre interpretación de los tratados que figuran en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las diferencias que existen entre las resoluciones del Consejo de Seguridad y los tratados obligan a que también se tengan en cuenta otros factores en la interpretación de esas resoluciones. La Corte señala que las resoluciones del Consejo de Seguridad son aprobadas por un órgano colegiado único y se redactan siguiendo un proceso muy distinto del que se emplea para la celebración de un tratado; son el resultado del proceso de votación previsto en el Artículo 27 de la Carta, y su texto final representa la opinión del Consejo de Seguridad como órgano. Además, las resoluciones del Consejo de Seguridad pueden ser vinculantes 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), con independencia de que hayan participado o no en su formulación. La interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad puede requerir que la Corte analice las declaraciones formuladas por los representantes de los miembros del Consejo en el momento de su aprobación y otras resoluciones del Consejo de Seguridad sobre la misma

cuestión, así como la práctica ulterior de los órganos pertinentes de las Naciones Unidas y de los Estados afectados por esas resoluciones.

La Corte observa, en primer lugar, que la resolución 1244 (1999) debe interpretarse a la luz de los principios generales establecidos en sus anexos 1 y 2, ya que, 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 figuran en el anexo 1 y se refin[ara] más adelante con arreglo a los principios y demás elementos necesarios enunciados en el anexo 2”. Esos principios generales trataban de resolver la crisis de Kosovo poniendo fin primero a la violencia y la represión en Kosovo y estableciendo luego una administración provisional. También se contemplaba una solución a más largo plazo, ya que la resolución 1244(1999) debía poner en marcha

“[u]n proceso político encaminado al establecimiento de un acuerdo sobre un marco político provisional que prevea un gobierno autónomo sustancial para Kosovo, teniendo plenamente en cuenta los acuerdos de Rambouillet y los principios de soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia y los demás países de la región, y la desmilitarización del Ejército de Liberación de Kosovo” (resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, de 10 de junio de 1999, anexo 1, sexto principio; *Ibid.*, anexo 2, párr. 8).

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

Habiendo esbozado ya las principales características de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, la Corte observa que tres de ellas son pertinentes para determinar el objeto y fin de la resolución.

En primer lugar, la resolución 1244 (1999) establece una presencia internacional civil y de seguridad en Kosovo con plena autoridad civil y política y responsable en exclusiva de la gobernanza de Kosovo. El 12 de junio de 1999 el Secretario General presentó al Consejo de Seguridad su concepto operacional preliminar para la organización general de la presencia civil bajo la UNMIK. El 25 de julio de 1999, el Representante Especial del Secretario General promulgó el reglamento 1999/1 de la UNMIK, que debía haber entrado en vigor el 10 de junio de 1999, fecha de aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad. En virtud de ese reglamento se otorgaba a la UNMIK “toda la autoridad legislativa y ejecutiva respecto de Kosovo, incluida la administración del poder judicial”, que sería ejercida por el Representante Especial. Así pues, la resolución 1244 (1999) y el reglamento 1999/1 de la UNMIK, interpretados de manera conjunta, tuvieron por efecto reemplazar el ordenamiento jurídico en vigor en ese momento en el territorio de Kosovo y establecer una administración internacional del territorio. Por ese motivo, el despliegue de presencias civil y de segu-

ridad en Kosovo sobre la base de la resolución 1244 (1999) debe entenderse como una medida excepcional sobre aspectos civiles, políticos y de seguridad y destinada a responder a la crisis que existía en ese territorio en 1999.

En segundo lugar, la solución recogida en la resolución 1244 (1999), a saber, el establecimiento de una administración internacional provisional del territorio, tenía objetivos humanitarios: servir de medio para estabilizar Kosovo y restablecer un orden público básico en una zona en crisis. Así se desprende del propio texto de la resolución, que, en el segundo párrafo de su preámbulo, hace referencia a la resolución 1239 (1999) del Consejo de Seguridad, aprobada el 14 de mayo de 1999, en la que este órgano había expresado “su extremada preocupación por la catástrofe humanitaria que sufren Kosovo ... y las zonas adyacentes”. Las prioridades indicadas en el párrafo 11 de la resolución 1244 (1999) se desarrollaron con más detalle en los denominados “cuatro pilares” de la gobernanza de Kosovo descritos en el informe del Secretario General de 12 de junio de 1999. Al hacer hincapié en estos “cuatro pilares”, a saber, la administración civil provisional, los asuntos humanitarios, el fomento institucional y la reconstrucción, y al asignar las responsabilidades de estos componentes básicos a distintas organizaciones y organismos internacionales, la resolución 1244 (1999) tenía claramente por objeto lograr la estabilización y reconstrucción. El objetivo de la administración provisional de Kosovo era suspender temporalmente el ejercicio de la autoridad de Serbia derivada de la soberanía que seguía teniendo sobre el territorio de Kosovo. La finalidad del régimen jurídico establecido en la resolución 1244 (1999) era establecer, organizar y supervisar el desarrollo de instituciones locales de autogobierno en Kosovo bajo los auspicios de la presencia internacional provisional.

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

La Corte concluye, por tanto, que el objeto y fin de la resolución 1244 (1999) era establecer un régimen jurídico temporal de carácter excepcional, que sustituyó al ordenamiento jurídico serbio, salvo en los casos en que lo conservó expresamente, cuyo objetivo era estabilizar Kosovo y que debía aplicarse con carácter provisional.

2. *Conformidad de la declaración de independencia con la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y con las medidas adoptadas al amparo de esta* (párrs. 101 a 121)

A continuación la Corte pasa a examinar si la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, o las medidas adopta-

das al amparo de ella, contiene una prohibición específica de emitir una declaración de independencia aplicable a quienes aprobaron la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008. A fin de responder a esta cuestión, es necesario que la Corte determine primero de manera precisa quién emitió la declaración.

a) *Identidad de los autores de la declaración de independencia* (párrs. 102 a 109)

La Corte pasa a examinar si la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 fue un acto de la “Asamblea de Kosovo”, institución provisional de autogobierno establecida en virtud del capítulo 9 del Marco Constitucional, o si quienes aprobaron la declaración actuaron en distinta calidad. Observa que, en la apertura de la sesión de 17 de febrero de 2008 en que se aprobó 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. La Corte considera, no obstante, que la declaración de independencia debe considerarse en un contexto más amplio, teniendo en cuenta los acontecimientos que precedieron a su aprobación, en particular los relacionados con el denominado “proceso relativo al estatuto definitivo”. El objetivo principal de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad era establecer un marco provisional de autogobierno para Kosovo. Si bien al aprobarse la resolución se pensaba que el estatuto definitivo de Kosovo se derivaría del marco establecido por esta y se elaboraría dentro de él, la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad no fijó los límites específicos del proceso relativo al estatuto definitivo, y menos aún su resultado. Así, el párrafo 11 de la resolución, en especial sus apartados d), e) y f), solo se ocupa de las cuestiones relativas al estatuto definitivo en la medida en que incluye entre las responsabilidades de la UNMIK “facilitar un proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo, teniendo en cuenta los acuerdos de Rambouillet”, y, “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”.

La declaración de independencia refleja la conciencia de sus autores del fracaso de las negociaciones sobre el estatuto definitivo y del momento crítico que se había alcanzado para el futuro de Kosovo. El preámbulo de la declaración hace referencia a los “años de negociaciones entre Belgrado y Pristina patrocinadas por la comunidad internacional en relación con la cuestión de nuestro futuro estatuto político” y sitúa expresamente la declaración en el contexto del fracaso de las negociaciones sobre el estatuto definitivo al señalar que no había sido posible “alcanzar ningún acuerdo sobre un estatuto mutuamente aceptable” (párrafos décimo y undécimo del preámbulo). A continuación, los autores de la declaración de independencia hacen hincapié en su determinación de alcanzar una “solución” respecto del estatuto de Kosovo

y dar al pueblo de Kosovo “una clara visión de su futuro” (decimotercer párrafo del preámbulo). Esta redacción indica que los autores de la declaración no pretendían actuar dentro del marco normal del autogobierno provisional de Kosovo, sino que su objetivo era que Kosovo se convirtiera en “un Estado independiente y soberano” (párr. 1). Así pues, la intención de quienes aprobaron la declaración de independencia no era que surtiera efectos dentro del ordenamiento jurídico creado para la fase provisional, cosa que tampoco podía hacer. La Corte considera, por el contrario, que los autores de la declaración no actuaron, ni pretendieron actuar, en su calidad de institución creada por ese ordenamiento jurídico y facultada para actuar dentro de él, sino que decidieron adoptar una medida cuya significación y efectos se situaran fuera de ese ordenamiento.

La Corte observa que esta 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 contraídas en su nombre por la UNMIK (declaración de independencia, párr. 9), y declararon expresa y solemnemente que Kosovo quedaba obligado ante terceros Estados en virtud de los compromisos asumidos en la declaración (Ibid., párr. 12). En cambio, con arreglo al régimen del Marco Constitucional, todas las cuestiones relativas a la gestión de las relaciones exteriores de Kosovo eran competencia exclusiva del Representante Especial del Secretario General.

La Corte considera que ciertas particularidades del texto de la declaración y las circunstancias de su aprobación también conducen a la misma conclusión. En ninguna parte del texto original en albanés de la declaración (única versión auténtica del texto) se menciona que la declaración sea obra de la Asamblea de Kosovo. Las palabras “Asamblea de Kosovo” en el encabezamiento de la declaración solo aparecen en las traducciones al inglés y el francés que figuran en los escritos presentados en nombre del Secretario General. La redacción de la declaración, cuyo primer párrafo comienza con la frase “Nosotros, los dirigentes democráticamente elegidos de nuestro pueblo ...”, difiere de la utilizada en los actos de la Asamblea de Kosovo, que emplean la tercera persona del singular.

Además, el procedimiento empleado para la declaración difiere del aplicado por la Asamblea de Kosovo para aprobar textos legislativos. En particular, tras ser aprobada, la declaración fue firmada por todos los presentes, incluido el Presidente de Kosovo, que no era miembro de la Asamblea de Kosovo. De hecho, la autodenominación de las personas que aprobaron la declaración de independencia como “los dirigentes democráticamente elegidos de nuestro pueblo” precede inmediatamente, dentro del texto, a la propia declaración de independencia (“por la presente declaramos que Kosovo es un Estado independiente y soberano” (párr. 1)). Cabe señalar también que la declaración no se remitió al Re-

presentante Especial del Secretario General para su publicación en el Boletín Oficial.

La Corte observa que la reacción del Representante Especial del Secretario General ante la declaración de independencia también tiene su importancia. El Marco Constitucional le atribuía la facultad de supervisar y, en determinadas circunstancias, anular los actos de las instituciones provisionales de autogobierno.

El silencio del Representante Especial del Secretario General ante la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 sugiere que este no consideraba que la declaración fuera un acto de las instituciones provisionales de autogobierno destinado a surtir efecto en el ordenamiento jurídico de cuya supervisión era responsable. Como muestra la práctica, su obligación habría sido actuar contra los actos de la Asamblea de Kosovo que considerara *ultra vires*.

La Corte reconoce 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 señalaba que “en una sesión ... la Asamblea de Kosovo aprobó una declaración de independencia en que se declaraba que Kosovo era un Estado independiente y soberano” (S/2008/211, párr. 3). Se trataba del informe periódico ordinario sobre las actividades de la UNMIK, cuya finalidad era informar al Consejo de Seguridad de la evolución de la situación en Kosovo y no realizar un análisis jurídico de la declaración o de la calidad en que habían actuado quienes la habían aprobado.

Así pues, habida cuenta de todos estos factores, la Corte llega a la conclusión de que los autores de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no actuaron como institución provisional de autogobierno dentro del Marco Constitucional, sino como personas que actuaban conjuntamente, en su calidad de representantes del pueblo Kosovo, fuera del marco de la administración provisional.

- b) *Conformidad de la actuación de los autores de la declaración de independencia con la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad o las medidas adoptadas al amparo de esta (párrs. 110 a 121)*

En primer lugar, la Corte observa que el objetivo esencial de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad era crear un régimen provisional para Kosovo con miras a encauzar el proceso político a largo plazo para establecer su estatuto definitivo. La resolución no contenía ninguna disposición que se ocupara del estatuto definitivo de Kosovo o de las condiciones para alcanzarlo.

A este respecto, la Corte observa que la práctica contemporánea del Consejo de Seguridad muestra que, en aquellos casos en que el Consejo decide establecer condiciones restrictivas en relación con el estatuto permanente de un territorio, tales condiciones se especifican en la correspondiente resolución.

En cambio, del tenor de la resolución 1244 (1999) se desprende que el Consejo de Seguridad no se reservó la decisión definitiva sobre la situación en Kosovo y que guardó silencio sobre las condiciones para el estatuto definitivo de Kosovo.

Así pues, la resolución 1244 (1999) no impedía la adopción de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 porque ambos instrumentos operaban a distinto nivel: a diferencia de la resolución 1244 (1999), la declaración de independencia era un intento de fijar de manera definitiva el estatuto de Kosovo.

En segundo lugar, por lo que respecta a la cuestión de los destinatarios de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, como ya se indicó, 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 principal objetivo es imponer obligaciones y conferir autorizaciones a los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a órganos de las Naciones Unidas como el Secretario General y su Representante Especial (véanse en particular los párrafos 3, 5, 6, 7, 9, 10 y 11 de la resolución). No hay nada en el texto de la resolución 1244 (1999) que indique que el Consejo de Seguridad tuviera la intención de imponer, además, una obligación específica de actuar o una prohibición de actuar dirigida a esos otros agentes.

La Corte recuerda a este respecto que no es infrecuente que el Consejo de Seguridad formule exigencias a agentes distintos de los Estados Miembros de las Naciones Unidas y las organizaciones intergubernamentales. Más concretamente, en varias resoluciones del Consejo de Seguridad sobre Kosovo aprobadas antes de la resolución 1244 (1999) figuraban exigencias destinadas *eo nomine* a los dirigentes albaneses de Kosovo.

La Corte subraya que en el texto de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad no figuran referencias de esa índole a los dirigentes albaneses de Kosovo o a otros agentes, pese a la referencia bastante general a “todos los interesados” (párr. 14). Al interpretar las resoluciones del Consejo de Seguridad, la Corte debe determinar, caso por caso y teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes, a quién pretendió imponer obligaciones jurídicas vinculantes el Consejo de Seguridad. Los términos empleados en la resolución pueden ser un indicio importante a ese respecto. El enfoque adoptado por la Corte en relación con el efecto vinculante de las resoluciones del Consejo de Seguridad en general también es pertinente, *mutatis mutandis*, en el presente caso. En este contexto, la Corte recuerda que ya ha declarado lo siguiente:

“Antes de llegar a una conclusión sobre el efecto vinculante de una resolución del Consejo de Seguridad, debe analizarse atentamente su tenor. Habida cuenta de la naturaleza de las facultades derivadas del Artículo 25, ha de determinarse en cada caso si estas se han ejercido realmente, teniendo en cuenta los términos de la resolución que ha de

interpretarse, los debates que condujeron a su aprobación, las disposiciones de la Carta invocadas 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.)

Teniendo esto presente, la Corte no puede aceptar el argumento según el cual la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad contiene una prohibición de proclamar la independencia vinculante para los autores de la declaración de independencia; tampoco cabe inferir tal prohibición de los términos de la resolución, interpretados en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin. El tenor de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad a este respecto es, en el mejor de los casos, ambiguo. El objeto y fin de la resolución, como ya se explicó en detalle, es establecer una administración provisional para Kosovo sin adoptar ninguna decisión definitiva sobre las cuestiones relativas al estatuto definitivo. El texto de la resolución explica que

“entre las principales responsabilidades de la presencia internacional civil [figura] ... organizar 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 (*sin cursiva en el original*)).

La frase “solución política”, citada a menudo en el procedimiento ante la Corte, no modifica esta conclusión. En primer lugar, esa referencia se realiza en el marco de la enumeración de las responsabilidades de la presencia internacional civil, a saber, el Representante Especial del Secretario General en Kosovo y la UNMIK, y de ningún otro agente. En segundo lugar, como ponen de relieve las opiniones divergentes en esta materia expuestas ante la Corte, el término “solución política” puede interpretarse de diversas maneras. Por tanto, la Corte llega a la conclusión de que no cabe interpretar esta parte de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad en el sentido de que incluye una prohibición de proclamar la independencia dirigida en particular a los autores de la declaración de 17 de febrero de 2008.

En consecuencia, la Corte estima que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad no impedía que los autores de la declaración de 17 de febrero de 2008 proclamaran la independencia de Kosovo respecto de la República de Serbia. Así pues, la declaración de independencia no vulneró la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad.

Pasando a examinar si la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 violó el Marco Constitucional establecido bajo los auspicios de la UNMIK, la Corte observa que ya ha considerado que la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no fue adoptada por las instituciones

provisionales de autogobierno, y que tampoco era un acto destinado a surtir efectos, o que los surtiera realmente, en el ordenamiento jurídico en que operaban esas instituciones provisionales. De ello se desprende que los autores de la declaración de independencia no estaban vinculados por el marco de competencias y responsabilidades establecido para regular la actuación de las instituciones provisionales de autogobierno. En consecuencia, la Corte estima que la declaración de independencia no vulneró el Marco Constitucional.

V. *Conclusión general* (párr. 122)

La Corte recuerda las conclusiones a las que llegó anteriormente, a saber, “que la aprobación de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no vulneró el derecho internacional general, la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad ni el Marco Constitucional”. Por último, llega a la conclusión de que, “[e]n consecuencia, la aprobación de esa declaración no vulneró ninguna norma aplicable del derecho internacional”.

*
* *

Declaración of Vicepresidente Tomka

El Vicepresidente considera que la mayoría hizo un “ajuste” en la cuestión planteada por la Asamblea General, ajuste que, en su consciencia judicial, no puede asumir. El Vicepresidente considera que la Corte debería haber ejercido su discrecionalidad y haberse abstenido de responder a la solicitud a fin de proteger la integridad de su función judicial y su naturaleza como órgano judicial.

En primer lugar, el Vicepresidente considera que el Consejo de Seguridad es el órgano facultado para hacer una *determinación* acerca de si un acto adoptado por las instituciones de Kosovo, que fue colocado en un régimen de administración territorial internacional, se ajusta o no al marco jurídico aplicable a dicho régimen y rector de él. Ahora bien, el Consejo de Seguridad no ha hecho tal determinación y su silencio no se puede interpretar como si implicara la aprobación tácita de la declaración de independencia adoptada el 17 de febrero de 2008, o la aquiescencia a dicha declaración. Sin embargo, la solicitud de opinión consultiva fue dirigida a la Corte por la Asamblea General. El Vicepresidente considera que el párrafo 1 del Artículo 12, de la Carta impide que la Asamblea General haga recomendación alguna con respecto al estatuto de Kosovo, al no lograr percibir un “interés suficiente” de la Asamblea para solicitar la opinión de la Corte. Considera que 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 (2009) y el régimen internacional de administración territorial establecido al amparo de ella.

En lo que respecta a la cuestión propiamente dicha, el Vicepresidente considera que está claramente formulada y es suficientemente estrecha y específica como para no justificar ajuste alguno. Explica que a su juicio la conclusión de la Corte, de que los autores de la declaración de independencia no actuaron como una de las instituciones provisionales de autogobierno, no tiene una base sólida en los hechos relacionados con la adopción de la declaración. Tras enumerar una serie de hechos y declaraciones formuladas por las partes pertinentes en relación con la declaración de 17 de febrero de 2008, el Vicepresidente llega a la conclusión de que 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* de Kosovo y en conjunto emitieron la declaración. Por consiguiente, según él, 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.

En lo que respecta al marco jurídico aplicable, el Vicepresidente recuerda en primer lugar que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad no desplazó el título de la República Federativa de Yugoslavia respecto del territorio en cuestión, y estima que, 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. Reitera las responsabilidades primordiales que recaen en las Naciones Unidas en la administración provisional de Kosovo con arreglo a la resolución 1244 (1999) y considera que el Consejo de Seguridad no abdicó de su responsabilidad general por la situación en Kosovo y ha seguido ocupándose activamente de la cuestión.

El Vicepresidente afirma que la noción de una “solución definitiva” sólo puede significar que la resolución de la controversia entre las partes interesadas, sea por un acuerdo a que se llegue entre ellas o por una decisión de un órgano dotado de competencia para hacerlo. Rechaza que la noción de una solución se pueda compatibilizar con la adopción unilateral de medidas por una de las partes dirigidas a resolver la controversia contra la voluntad de la otra. Pasando a las negociaciones sobre la determinación del estatuto futuro de Kosovo, que no condujeron a ningún acuerdo, pone en duda que las partes negociaran de buena fe porque, como la Corte observó en varios casos anteriores, 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; y que 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. Observando que la propuesta de inde-

pendencia supervisada hecha por el Enviado Especial Martti Ahtisaari no fue aprobada por el Consejo de Seguridad, a su juicio el único órgano de las Naciones Unidas competente para hacerlo, considera que 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 aprobado.

Por último, el Vicepresidente recuerda que en ocasiones anteriores, en 2002, 2003 y 2005, 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*). Considera que 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.

El Vicepresidente concluye con la observación de que la Corte, en su calidad de órgano judicial principal de las Naciones Unidas, debe garantizar el respeto de las normas y los mecanismos establecidos en la Carta y las decisiones adoptadas en virtud de ellos. En su opinión, la mayoría ha estimado preferible tener en cuenta los acontecimientos y realidades políticos recientes, en lugar de la estricta exigencia de respeto por las mencionadas normas, ultrapasando de esa manera los límites de la prudencia judicial.

Opinión disidente del Magistrado Koroma

En su opinión disidente, el Magistrado Koroma concluye que no puede concordar con la conclusión de que “la declaración de independencia de Kosovo adoptada el 17 de febrero de 2008 no violó el derecho internacional”.

En opinión del Magistrado Koroma, la Corte, al ejercer su competencia consultiva, está facultada para reformular o interpretar una cuestión que se le ha planteado, pero 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. El Magistrado Koroma explica que la Corte, así como su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, ha reformulado en ocasiones anteriores la cuestión que se le ha planteado en una solicitud de una opinión consultiva en un esfuerzo por hacer que dicha cuestión correspondiera más estrechamente a la intención de la institución que solicitaba la opinión consultiva, pero que nunca antes ha reformulado una cuestión en tal grado que el resultado fuera una cuestión completamente nueva, claramente distinta de la cuestión original planteada. El Magistrado Koroma llega a la conclusión de que 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 in-

dependencia 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.

Pasando a la respuesta de la Corte a la cuestión, el Magistrado Koroma pone de relieve en primer lugar que 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 Magistrado Koroma subraya que el derecho internacional positivo no reconoce ni consagra el derecho de los grupos étnicos, lingüísticos o religiosos de separarse del territorio de un Estado del que forman parte, sin el consentimiento de dicho Estado, simplemente expresando su deseo de hacerlo, especialmente en el presente caso en que es aplicable la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad. Advierte que aceptar lo contrario y 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, equivalente 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. En opinión del Magistrado Koroma, 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).

El Magistrado Koroma establece que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad constituye la base jurídica para la creación de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo y que, por consiguiente, la Corte tiene ante todo que aplicar la resolución 1244 (1999) al asunto que tiene ante sí como *lex specialis*. Considerando la resolución 1244 (1999), el Magistrado Koroma concluye que la declaración de independencia es ilegítima con arreglo a la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad por varias razones. En primer 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 segundo 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. En este análisis, el Magistrado Koroma se basa en el texto de la resolución 1244 (1999) —en particular en su preámbulo y los párrafos dispositivos 1, 2, 10 y 11— así como en otros instrumentos a que hace referencia, incluidos sus anexos 1 y 2, el Acta Final de Helsinki y los acuerdos de Rambouillet. También examina las posiciones adoptadas por varios Estados con respecto a la resolución 1244 (1999).

El Magistrado Koroma observa que la declaración unilateral de independencia también ha violado algunas normas legislativas derivadas promulgadas en virtud de dicha resolución, en particular el Marco Constitucional y otros reglamentos de la UNMIK. Observa que 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.

A continuación, el Magistrado Koroma procede a examinar la conformidad de la declaración unilateral de independencia con el derecho internacional general y concluye que violó el principio de respeto de la soberanía e integridad territorial de los Estados, que entraña la obligación de respetar la definición, la delineación y la integridad territorial de un Estado existente. En su análisis, el Magistrado Koroma cita el párrafo 4 del Artículo 2, de la Carta de las Naciones Unidas y 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.

Por último, el Magistrado Koroma hace referencia a la conclusión de la Corte Suprema del Canadá de que “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*”]. Aún cuando el Magistrado Koroma opina que la Corte respondió correctamente a la cuestión que se le planteó, subraya que la cuestión que la Corte tiene ahora ante sí brinda la oportunidad de completar el cuadro pintado parcialmente por la Corte Suprema del Canadá. En particular, esta Corte 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.

Así pues, el Magistrado Koroma concluye pues que 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.

Declaración del Magistrado Simma

El Magistrado Simma concuerda con la Corte en la gran mayoría de sus argumentos, pero cuestiona lo que considera el carácter innecesariamente limitado de su análisis. El Magistrado Simma considera que, como 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 o no adoptada en violación del derecho internacional, la opinión no sólo hace caso omiso del claro tenor literal de la solicitud misma, en la que se pregunta si la declaración de independencia “se ajust[ó] al derecho internacional”, sino que también excluye toda consideración de si el derecho internacional puede específicamente permitir o aún prever un derecho a declarar la independencia cuando se han reunido determinadas condiciones. El Magistrado Simma estima que ese enfoque es inquietante a la luz de la conclusión general de la Corte de que la declaración de independencia “no violó el derecho internacional”.

En opinión del Magistrado Simma, el fundamento subyacente del enfoque de la Corte de que, en relación con un acto específico, no es necesario demostrar una norma permisiva mientras no exista una prohibición, es obsoleto. Justifica su posición por dos razones. 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. Tanto las normas prohibitivas como las normas permisivas de derecho internacional deberían haber sido objeto de un tratamiento más completo. En segundo lugar, el Magistrado Simma considera que el enfoque de la Corte refleja una visión anacrónica y sumamente consensualista del derecho internacional anclado en el principio de la causa del *Lotus* elaborado por la Corte Permanente hace más de 80 años. Según el Magistrado Simma, la Corte 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.

El Magistrado Simma recuerda en primer lugar 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”. Considera que se trata de una formulación neutral que deliberadamente no pregunta acerca de la existencia de una norma prohibitiva o permisiva en derecho internacional, toda vez que la expresión “se ajusta al” es amplia por definición. Aun cuando el Magistrado Simma reconoce 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), sostiene que 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, y de que, si no la hay, la declaración de independencia se ajusta *ipso facto* al derecho internacional.

El Magistrado Simma considera que con un enfoque más amplio se habrían podido considerar mejor a los argumentos invocados por muchos de los participantes, incluidos los autores de la declaración de independencia, en relación con el derecho a la libre determinación y la cuestión de la “secesión correctiva”. Considera que esos argumentos son importantes 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. Además, sostiene que la consideración de esos puntos queda exactamente 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 Magistrado Simma cree que la solicitud de la Asamblea General merecía una respuesta más comprensiva, que habría podido comprender un análisis más profundo 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 examina los argumentos de los participantes *in extenso* y se limita 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.

El Magistrado Simma manifiesta además que el enfoque de la Corte también plantea un problema conceptual más amplio. Considera que el razonamiento de la Corte da un salto directo de la falta de prohibición a la permisibilidad, y que por esa razón, es una aplicación lisa y llana del llamado principio de la causa del *Lotus*, con su enfoque de excesiva deferencia al consentimiento de los Estados. Opina que según ese enfoque, todo lo que no está expresamente prohibido lleva consigo el mismo color de juridicidad y hace caso omiso de los posibles grados de no prohibición, que van de lo “tolerado”, pasando por lo “permisible”, hasta lo “deseable”. Cree que hay lugar en el derecho internacional para una categoría de actos que no están ni prohibidos ni permitidos. En opinión del Magistrado Simma, 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. Expresa la preocupación de 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.

El Magistrado Simma concluye afirmando que 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. Estima que el he-

cho de 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. En consecuencia, ese método ha reducido significativamente la calidad del *asesoramiento* brindado en esta opinión.

Opinión separada del Magistrado Keith

En su opinión separada el Magistrado Keith explica por qué considera que la Corte debería haberse valido de su discrecionalidad para negarse a responder a la cuestión que le planteó la Asamblea General.

Dice que hay buenos motivos para que el Estatuto de la Corte reconozca que la Corte tiene discrecionalidad para decidir si responde a una solicitud. 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. Posteriormente la Corte declaró que tendría que haber “razones imperiosas” para justificar una negativa. Si bien el mantenimiento de su integridad como órgano judicial ha sido hasta la fecha la razón para negarse que la Corte ha destacado, 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. El Magistrado Keith estima que la cuestión del interés es crucial en la presente causa. Pregunta si en ella 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. Por consiguiente, examina con algún detalle los hechos relacionados con esta solicitud en particular y los intereses relativos de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad.

Al término de ese examen llega a la siguiente conclusión respecto de los intereses relativos de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad en el asunto sometido a la Corte por la Asamblea: la resolución 1244 (2009) 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 intro-

ducción de ese régimen ha sido el de aprobar el presupuesto de la Misión.

Seguidamente, el Magistrado Keith examina la jurisprudencia de la Corte y en particular 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. En los casos decididos en los últimos 50 años la Corte ha acompañado ordinariamente ese reconocimiento con una indicación del interés que el órgano solicitante tenía para solicitar una opinión de la Corte. 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 su más reciente opinión consultiva, en 2004, 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*.” (Sin cursivas en el original.) Si bien la Corte ha dejado en claro que no evaluará los motivos del órgano solicitante, 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.

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 desaparece lo que a veces se denomina su deber de responder.

En la presente causa, la Corte, en opinión del Magistrado Keith, 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 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 opinión de la Corte) y de la aparente falta de interés de la Asamblea, el Magistrado Keith concluye que la Corte debió haber ejercido su discrecionalidad y haberse negado a responder a la cuestión que le planteó la Asamblea General.

No se entendió que esta conclusión resultara afectada por las que causan en que se fundó la Corte en este contexto. En todas ellas, tanto la Asamblea General como el Consejo de Seguridad tenían un interés real y ninguna se refería a nada comparable al régimen de administración internacional territorial introducido por la resolución 1244 (2009) del Consejo.

Como lo indica su voto, el Magistrado Keith está de acuerdo con la decisión sustantiva adoptada por la Corte, esencialmente por las razones que ella ha dado.

Opinión separada del Magistrado Sepúlveda-Amor

En su opinión separada, el Magistrado Sepúlveda-Amor considera que no hay razones imperiosas para abstenerse de

ejercer competencia con respecto a la solicitud de la Asamblea General. Además, en su opinión, 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 se refieren a situaciones previstas en el Capítulo VII.

El Magistrado Sepúlveda-Amor no puede estar de acuerdo con las conclusiones de la Corte respecto de los autores de la declaración de independencia. En su opinión, la declaración fue, efectivamente, adoptada por la Asamblea de Kosovo como una de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo, y no por “personas que actuaban en conjunto en su calidad de representantes del pueblo de Kosovo fuera del marco de la administración provisional”. En consecuencia, 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.

Por último, el Magistrado Sepúlveda-Amor observa que la Corte podía haber adoptado una perspectiva más amplia a fin de dilucidar una serie de cuestiones no abordadas en la opinión consultiva. Estas incluyen, entre otras, el alcance del derecho a la libre determinación, los poderes del Consejo de Seguridad en relación con el principio de integridad territorial, la cuestión de la “secesión correctiva” y el reconocimiento de Estados.

Opinión disidente del Magistrado Bennouna

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

El Magistrado Bennouna no puede suscribir las conclusiones alcanzadas por la Corte en su opinión consultiva, ni su razonamiento. El Magistrado considera, en primer lugar, que la Corte debería haber ejercido su facultad discrecional y no haber accedido a responder a la cuestión planteada por la Asamblea General. Es la primera vez que la Asamblea General solicita una opinión consultiva sobre una cuestión que no estaba, como tal, en su programa, y había estado comprendida 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).

El Magistrado cree que si la Corte 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. 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. 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.

Aun cuando destaca que el Enviado Especial del Secretario General, Sr. Martti Ahtisaari, abogó por la independencia de Kosovo en su informe de 26 de marzo de 2007 sobre el estatuto futuro de Kosovo, y que el Consejo de Seguridad no ha llegado a determinación alguna al respecto, el Magistrado Bennouna subraya que la Corte no puede sustituir al Consejo de Seguridad en la evaluación de la legalidad de la declaración unilateral de independencia. 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.

El Magistrado Bennouna cree que 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.

2. *El alcance y el significado de la cuestión planteada*

El Magistrado Bennouna lamenta que la Corte se haya estimado autorizada para modificar el alcance y el significado de la cuestión planteada, considerando 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).

La cuestión planteada a la Corte no necesita interpretación alguna. 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. 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.

El Magistrado señala que en su jurisprudencia la Corte nunca ha enmendado la cuestión planteada de una manera contraria a su objeto y su fin.

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

En opinión del Magistrado Bennouna, 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. 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 (2009) del Consejo de Seguridad estaba en vigor, y sigue estando en vigor.

El Magistrado estima que 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. 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.

El Magistrado Bennouna estima que 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.

Recuerda que 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. Sin embargo, 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 (2009). 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.

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 (2009). 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. El Magistrado Bennouna opina que, 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). El Magistrado considera que 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.

En opinión del Magistrado, 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 (2009) del Consejo de Seguridad por ser contraria al régimen jurídico de administración de Kosovo establecido por las Naciones Unidas.

Por último, el Magistrado Bennouna observa que 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.

Opinión disidente del Magistrado Skotnikov

El Magistrado Skotnikov estima que la Corte 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.

El propio Consejo de Seguridad se ha abstenido de hacer tal determinación. El Consejo tampoco ha solicitado el asesoramiento de la Corte sobre el tema. Ésa es la posición actualmente adoptada por el Consejo sobre la cuestión de la declaración unilateral de independencia.

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 (2009) —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.

El Magistrado Skotnikov subraya que 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. Por consiguiente, la decisión de la Corte de responder a la cuestión es tan errónea como lamentable.

En lo que respecta al intento de la mayoría de interpretar la resolución 1244 (2009) del Consejo de Seguridad con respecto a la declaración unilateral de independencia, el Magistrado Skotnikov señala que, lamentablemente, en ese proceso, la mayoría ha sacado algunas conclusiones que simplemente no pueden ser acertadas.

Una de ellas es la determinación de que la resolución 1244 (2009), que tenía el objetivo general de lograr “una solución política de la crisis de Kosovo” (resolución 1244 (2009), 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 (2009) se volviera irrealizable.

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 (2009) (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 (2009) 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 (2009).

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 (2009), 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 [establecido para la fase provisional] y facultada para actuar dentro de él, sino que se propusieron adoptar una medida [la declaración unilateral de independencia] 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.

El Magistrado Skotnikov opina que la versión que da la mayoría de la resolución 1244 (2009) es insostenible. Además, el tratamiento que da la Corte a una decisión del Con-

sejo 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 con arreglo a la Carta y al Estatuto de la Corte.

En conclusión, el Magistrado Skotnikov señala 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 (2009) 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.

Opinión separada del Magistrado Cañado Trindade

1. En su opinión separada, que se compone de 15 partes, el Magistrado Cañado Trindade explica que ha concordado con las conclusiones a que llegó la Corte, sobre la base de un razonamiento distinto al de la Corte. Para empezar, sienta las bases de su posición personal sobre el asunto en cuestión, comenzando por abordar las cuestiones preliminares de competencia y prudencia judicial, con la atención centrada en los *aspectos humanitarios* preponderantes de la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General, y en su deber de ejercer su función consultiva, sin atribuir a la llamada “discrecionalidad” judicial una dimensión que no tiene. Estima que la competencia de la Corte para emitir la presente opinión consultiva está establecida más allá de toda duda, sobre la base del párrafo 1 del Artículo 65 de su Estatuto e incumbe a la Corte, como dueña de su propia competencia, cerciorarse de que la solicitud de opinión consultiva proviene de un órgano dotado de competencia para formularla. La Asamblea General está autorizada por el párrafo 1 del Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas a solicitar una opinión consultiva de la Corte sobre “cualquier cuestión jurídica”.

2. Además, la propia Corte ha señalado recientemente (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*. Por otra parte, en su jurisprudencia constante, la Corte 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” atinente al alcance de obligaciones impuestas por el derecho internacional, a saber, una apreciación de “la legalidad de la posible conducta de los Estados” con respecto a obligaciones que les impone el derecho internacional. Cuando aprobó, el 8 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 párrafo 1 del Artículo 12 de la Carta de las Naciones Unidas: estaba plenamente facultada para hacerlo, en el fiel ejercicio de sus funciones con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas.

3. El Magistrado Cañado Trindade descarta, en secuencia, todos los argumentos basados en la llamada “discrecionalidad” judicial, observando que 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. La Corte, cuando conoce de un asunto, tiene el deber de desempeñar fielmente sus funciones judiciales, sea en asuntos consultivos o en causas contenciosas. Considera que nuestra edad es la edad de una atención constantemente creciente a los avances del *estado de derecho* en los planos nacional e internacional. La comunidad internacional espera que la Corte actúe a la altura de las elevadas responsabilidades que le incumben; incumbe a la Corte decir el derecho (*juris dictio*) y debe pues emitir, como acaba de hacerlo, la opinión consultiva solicitada, cumpliendo así fielmente sus deberes como órgano judicial principal de las Naciones Unidas.

4. Su siguiente línea de consideraciones (parte III de su opinión separada) atañe a los *antecedentes de hecho* y al contexto de la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General. A su entender, la Corte debería 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 que le planteó la Asamblea General, centrándose particularmente en los *aspectos humanitarios preponderantes*. Después de todo, las declaraciones de independencia no se proclaman en un va-

cio social, y exigen que se tengan en cuenta por lo menos sus *causas* inmediatas, 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.

5. Recuerda que esta cuestión, a la que asigna 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. Añade que, en sucesivas 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, parece bastante extraño que, en la presente opinión consultiva, la Corte 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.

6. Considera que la *catástrofe humanitaria* de Kosovo merece una detenida atención por parte de la Corte, a los efectos de la presente opinión consultiva. Opina que 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 (desde la revocación de la autonomía constitucionalmente garantizada de Kosovo en adelante), 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.

7. 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 de febrero de 2008 y poco tiempo después, haciendo abstracción de sus antecedentes de hecho. Lamenta que esos antecedentes de hecho hayan sido en gran medida eludidos por la Corte, que pareció contentarse con concentrarse en los acontecimientos de 2008-2009, y sólo se refirió breve y elípticamente a esa crisis en Kosovo, sin dar explicación alguna de en qué consistía.

8. Sin embargo, añade el Magistrado Cañado Trindade, esa *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*. 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, a lo largo de un decenio (1989-1999), victimizaron a grandes sectores de la población de Kosovo, 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 y, un decenio después, en la declaración de independencia de Kosovo.

9. El Magistrado Cançado Trindade estima necesario insertar el asunto en cuestión en el marco más general del *derecho de las Naciones Unidas*. Con tal fin, comienza (en la parte IV de su opinión separada) por recordar los antecedentes pertinentes vinculados con el advenimiento de las organizaciones internacionales, en su creciente atención 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). Tales experimentos, en la percepción del Magistrado Cançado Trindade, muestran que las organizaciones internacionales han contribuido a un retorno al derecho de gentes y a un resurgimiento de su visión humanista, fiel a las enseñanzas de los “padres fundadores” del derecho de gentes.

10. 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. En la reevaluación del Magistrado Cançado Trindade, el elemento recurrente de la debida atención a las *condiciones de vida del “pueblo” o la “población”* 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.

11. Cuando se examinaban esos experimentos se tomaban en cuenta otras consideraciones. El recurso a analogías de derecho privado es una de ellas. Por ejemplo, la relación de los mandatos, la analogía con el *mandatum* original, un contrato consensual de derecho romano; las raíces de las palabras inglesas “trust” y “tutelage” en la *tutela* de derecho romano (una especie de tutela de los menores); 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”) y, en definitiva, de la conciencia humana. 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 vez de la noción de soberanía territorial absoluta. Esos experimentos tenían la finalidad de dar protección jurídica a necesidades recientemente surgidas del “pueblo” o la “población”, y el mandatario, tutor o fideicomisario tenía deberes y no derechos.

12. Al margen de esas analogías de derecho privado, y mucho antes de ellas, estuvieron las enseñanzas de los llamados “padres fundadores” del derecho de gentes (*Law of Nations*), caracterizadas por su perspectiva esencialmente humanista, que el Magistrado Cançado Trindade apoya. Recuerda (en las partes V y VI de la presente opinión separada) que, desde las perspectivas histórica y deontológica, los pueblos asumieron una posición central ya en los primeros días del surgimiento del derecho de gentes (el derecho de gentes se emancipó de sus orígenes de derecho privado). El derecho de gentes se inspiró originalmente en el principio de humanidad *lato sensu*, con un orden jurídico que 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, *De Indis - Relectio Prior*, 1538-1539); así concebida, es únicamente el derecho lo que regula las relaciones entre miembros de la *societas gentium* universal (A. Gentili, *De Jure Belli*, 1598). 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, *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612).

13. 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 (*recta ratio*), de modo de perfeccionar a la *societas gentium* que abarca a toda la humanidad (H. Grocio, *De Jure Belli ac Pacis*, 1625). El legislador está sujeto al derecho natural de la razón humana (S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium*, 1672), y los individuos, en su asociación en el Estado, deben promover conjuntamente el bien común (C. Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749). 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, ha contribuido mucho 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, han 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.

14. La antigua Corte Permanente de Justicia Internacional (CPIJ) hizo su propia contribución al rescate de

la “población” o el “pueblo” y algunos de sus *obiter dicta* pertinentes al respecto parecen seguir estando dotados de contemporaneidad. Así pues, 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. La Declaración Universal recordó en su preámbulo 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 la Declaración Universal proclamó a continuación, en su artículo 1, que “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

15. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade señala que Las instituciones jurídicas de los mandatos, la administración fiduciaria y la administración internacional de territorios surgieron para brindar protección a los “pueblos” o “poblaciones” que tenían necesidad de ella. 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. Pasando a las *causas*, como debe hacerse, su fin común se identifica claramente: salvaguardar a los “pueblos” o las “poblaciones” en cuestión.

16. A continuación procede (en la parte VII) a un examen de la grave preocupación expresada por las Naciones Unidas *en conjunto* en relación con la *tragedia humanitaria* en Kosovo. Con tal fin, examina las sucesivas resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad (en el período 1998-2001), por la Asamblea General (en el período 1994-

2008), y por el Consejo Económico y Social (en 1998-1999), así como informes (sobre la UNMIK) y declaraciones del Secretario General (en el período 1999-2008), a todos los cuales atribuye gran importancia, toda vez que ponen de manifiesto los *antecedentes de hecho* de la crisis de Kosovo, que fueron eludidos por la Corte.

17. Después de recordar el principio *ex injuria jus non oritur*, pasa a un examen (en la parte IX de la presente opinión separada) 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 ante la Corte, en sus fases escrita y oral. También recuerda el reconocimiento judicial (por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia), y pruebas adicionales, de las atrocidades perpetradas en Kosovo (en el decenio 1989-1999), y atribuye una posición central a los sufrimientos del pueblo, de conformidad con el enfoque

humanizante centrado en el pueblo en el derecho internacional contemporáneo.

18. Desde esta óptica, el Magistrado Cançado Trindade reevalúa la integridad territorial en el marco de los fines humanos del Estado, y considera el principio de libre determinación de los pueblos aplicable, más allá de la descolonización, en nuevas situaciones de opresión sistemática, subyugación y tiranía. Subraya la importancia fundamental, en el contexto de la crisis de Kosovo, de los principios de humanidad, así como de igualdad y no discriminación, a fin de extraer la enseñanza básica: 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.

19. El Magistrado Cançado Trindade añade (en la parte XIV de la presente opinión separada) que las prohibiciones del *jus cogens* tienen una incidencia tanto en el nivel *interestatal* como en el nivel *intraestatal*, esto es, 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.

20. Añade (en la parte XV) que un examen de los antecedentes de hecho de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, seguida de la declaración de independencia de Kosovo de 17 de febrero de 2008, no deja margen para un examen “técnico” y aséptico de la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General para la presente opinión consultiva. Es la Carta de las Naciones Unidas la que en definitiva guía todo razonamiento. En su opinión, la declaración de independencia de Kosovo solo se puede considerar apropiadamente a la luz 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). El *derecho de las Naciones Unidas* 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.

21. Por último, el Magistrado Cançado Trindade recuerda una pregunta que formuló a los participantes al final de las actuaciones orales ante la Corte, en la audiencia de 11 de diciembre de 2009, y las respuestas dadas por 15 de ellos. Se expresó la opinión de que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad tenía la finalidad de crear las condiciones para una autonomía sustancial y una amplia forma de autogobierno en Kosovo, en vista de las circunstancias singulares de Kosovo. 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.

22. Es cierto que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no determinó 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, y la UNMIK se ha adaptado a la nueva situación. Sigue existiendo la presencia de las Naciones Unidas en Kosovo, bajo la égida de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y 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.

23. La *Propuesta integral de Acuerdo sobre el Estatuto de Kosovo* elaborada a mediados de marzo de 2007 por el Enviado Especial del Secretario General de las Naciones Unidas contiene propuestas de medidas detalladas encaminadas a: a) asegurar la promoción y la protección de los derechos de las comunidades y sus miembros (con especial atención a la protección de las minorías serbias); 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 final es la formación y la consolidación de una sociedad democrática multiétnica, regida por el estado de derecho, con 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.

24. 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 y la continuación de la presencia de las Naciones Unidas en Kosovo; además, 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). El Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas continúa, en efecto, ejerciendo sus funciones en Kosovo hasta la fecha. El Magistrado Cançado Trindade concluye que 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 ha ayudado a poner fin a la inversión de los fines del Estado y la expansión de la personalidad jurídica internacional acarreó la expansión de la responsabilidad internacional.

Opinión separada del Magistrado Yusuf

Aunque está en general de acuerdo con la opinión de la Corte, el Magistrado Yusuf adjunta una opinión separada en la que explica sus serias reservas con respecto a, en primer

lugar, lo que considera una lectura restrictiva de la Corte de la cuestión planteada por la Asamblea General, y, en segundo lugar, 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 conformidad de la declaración de independencia con el derecho internacional.

En lo que respecta a la primera cuestión, el Magistrado Yusuf opina que la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General no solo se refería a si el derecho internacional aplicable prohibía la declaración de independencia como tal. Una declaración de independencia es la expresión de una pretensión de obtener separadamente la calidad de Estado. Desde el punto de vista jurídico, la cuestión también se refería a 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 que pudiera legitimarla.

El Magistrado Yusuf considera lamentable que la Corte la Corte haya decidido no abordar este importante aspecto de la cuestión, con lo cual dejó de aprovechar la oportunidad ofrecida por la solicitud de la Asamblea General para definir el alcance y el contenido normativo del derecho poscolonial a la libre determinación. El examen de la cuestión de la libre determinación y la aclaración de su aplicabilidad a este caso específico habría permitido a la Corte contribuir, 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.

Acto seguido, el Magistrado Yusuf procede a referirse en detalle a sus opiniones sobre el derecho a la libre determinación en su concepción poscolonial y a su ámbito de aplicación. Considera que este derecho se puede ejercer sobre todo dentro de los Estados y examina las circunstancias excepcionales en que una pretensión de libre determinación externa puede ser respaldado por el derecho internacional, así como las condiciones que una pretensión de ese tipo tal vez tenga que cumplir.

Con respecto a la segunda cuestión, relativa a la naturaleza y la condición jurídicas del estatuto del Marco Constitucional para la administración provisional de Kosovo promulgado por el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas, el Magistrado Yusuf opina que los poderes legislativos de que está investido el Representante Especial no eran para la promulgación de normas y principios jurídicos internacionales, sino para legislar para Kosovo y establecer leyes y reglamentos aplicables exclusivamente en Kosovo.

Según él, 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 un instrumento jurídico internacional. El hecho de que la fuente de autoridad sea internacional no significa que esos reglamentos reúnan los requisitos para

formar parte del derecho internacional. Como en su opinión el Marco Constitucional no forma parte del derecho internacional, la Corte no debería haberlo tomado en consideración al evaluar la conformidad de la declaración de independencia de Kosovo con el derecho internacional.
