

Las cuestiones sobre Kosovo que no quiso responder el Tribunal de La Haya

José Antonio PEREA UNCETA
Universidad Complutense
Madrid

Resumen: El dictamen del Tribunal de La Haya sobre la declaración de independencia de Kosovo plantea, más allá del corto alcance de la opinión consultiva emitida, un debate sobre los requisitos para el ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos en el sistema de las Naciones Unidas, sobre la creación de los Estados y sobre su reconocimiento internacional.

Abstract: The opinion of the Court of The Hague on the declaration of independence of Kosovo raises, beyond the short scope of the consultative issued opinion, a debate on the requirements for the exercise of the right of self-determination of the peoples in the system of the United Nations, on the creation of the States and on his international recognition.

Palabras clave: Derecho internacional público, Reconocimiento de Estados, Creación de Estados, Libre determinación de los pueblos, Declaración de independencia, Yugoslavia, Kosovo.

Keywords: Public International Law, State's Recognition, Creation of States, Self-Determination, Independence's Declaration, Yugoslavia, Kosovo.

Sumario:

- I. Introducción.**
- II. De la Provincia Autónoma de Kosovo a su Administración Internacional.**
- III. El Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia sobre la Declaración de independencia de Kosovo.**

IV. ¿Puede Kosovo ejercer el derecho internacional de libre determinación?

V. ¿Es Kosovo un Estado?

VI. Conclusiones.

Recibido: noviembre de 2010.

Aceptado: enero de 2011.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los capítulos no concluidos del proceso de desintegración de Yugoslavia, iniciado en 1990, es el relativo al territorio serbio de Kosovo. Al término de los conflictos armados desarrollados en la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia entre 1991 y 1995, el Estado creado por Tito -en la práctica una confederación- se desmembró en las Repúblicas de Eslovenia, de Croacia y de Bosnia-Herzegovina, la ex República Yugoslava de Macedonia y la Unión Estatal de Serbia y Montenegro¹, que a su vez se disolvió en 2006, dando lugar a las Repúblicas de Serbia y de Montenegro. Y ahora parece que pide paso un nuevo Estado: la República de Kosovo.

La dramática experiencia yugoslava de las últimas dos décadas, pero especialmente entre 1989 y 2000, nos ofrece una lección práctica de Derecho internacional quizás no muy concluyente, pero sí muy esclarecedora de las tensiones que se suscitan en este ordenamiento, y no sólo en materia de mantenimiento de la paz, sino también en otras cuestiones, como el derecho de libre determinación de los pueblos y la creación y reconocimiento de nuevos Estados.

De estos seis nuevos Estados surgidos de los conflictos yugoslavos², tres lo han sido por la fuerza, uno unilateral pero pacíficamente, y dos de mutuo acuerdo. El primer conflicto armado se produjo como consecuencia de la declaración de autonomía de la región croata de Krajina, de población serbia, en abril de 1991; lo que se inició como un enfrentamiento interno entre croatas y serbocroatas, se convirtió tras la declaración de independencia de la

¹ En 1992 la entidad política integrada por las ex Repúblicas Federadas Socialistas de Serbia y de Montenegro adoptaron la denominación de República Federal de Yugoslavia. Posteriormente, en 2002, se constituyeron en Unión Estatal de Serbia y Montenegro, hasta su disolución como consecuencia del referéndum celebrado en Montenegro el 21 de mayo de 2006 y la declaración de independencia de su Parlamento de 3 de junio de 2006. La República de Montenegro fue admitida como miembro de la ONU el 28 de junio de 2006.

² Sobre los conflictos yugoslavos y el Derecho internacional, véanse entre otros, PEREA UNCETA, J.A., *La actuación de las Naciones Unidas en el conflicto de la antigua Yugoslavia*, Madrid 2000, y BERMEJO GARCÍA, R. y GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La disolución de Yugoslavia*, Pamplona 2007.

República de Croacia el 25 de junio de 1991 en un conflicto armado con el Ejército Popular Yugoslavo, que duraría hasta diciembre de 1995, con los Acuerdos de Paz de Dayton. Como consecuencia de la *guerra de las aduanas o de los diez días*, entre la Fuerza de Defensa Territorial de Eslovenia y el Ejército Popular Yugoslavo (junio-julio de 1991), surgió la República de Eslovenia, que había declarado su independencia el 25 de junio de 1991. También en el marco de un duro enfrentamiento bélico, desarrollado desde abril de 1992 y finalizado también con los Acuerdos de Dayton, surge la República de Bosnia-Herzegovina, proclamada el 5 de abril de 1992, hecho que tuvo como consecuencia la declaración de independencia de la entidad serbobosnia -la República Sprska- dos días después. Más suerte tuvo Macedonia, que proclamó su independencia el 8 de septiembre de 1991 sin que los serbios se opusieran. Por último, de mutuo acuerdo se separaron el 3 de junio de 2006 las Repúblicas de Serbia y de Montenegro, después de haber estado unidas desde 1992³. Además, el 2 de julio de 1990 declararon su independencia los albaneses de Kosovo y en enero de 1992 hicieron lo propio los de Macedonia, sin ninguna repercusión práctica.

En este contexto de conflictos internos e internacionales se han declarado, por tanto, independientes entre 1990 y 2006 nueve entidades políticas. Cinco han conseguido acceder a la condición de Estados y -después de un proceso más o menos amplio de reconocimiento por otros⁴- han ingresado como tales en la Organización de las Naciones Unidas⁵. Todos ellos coinciden, junto con Serbia, con las repúblicas federadas de la Constitución yugoslava de 1974. Las otras cuatro entidades que lo han intentado sin éxito son las comunidades serbias integradas en territorio de Croacia y de Bosnia-Herzegovina, y las comunidades albanesas de Kosovo -en Serbia- y de Macedonia.

Suele olvidarse, sin embargo, que estos conflictos se iniciaron en realidad en marzo de 1989 precisamente en Kosovo, el lugar donde escribe su epílogo -de momento- la historia de la desintegración yugoslava, con su reciente declaración de independencia (17 de febrero de 2008), ampliamente respaldada

³ Las Repúblicas Federadas de Serbia y Montenegro se mantienen unidas entre 1992 y 2003 con el nombre de República Federal de Yugoslavia, integrando desde 4 de febrero de 2003 una confederación denominada Federación de Serbia y Montenegro, que se disolvería tras el referéndum realizado en este último territorio el 21 de mayo de 2006, favorable a la independencia, que se proclamaría el 3 de junio de 2006 y sería aceptada sin problemas por Serbia.

⁴ Véase RICH, R., "Recognition of States: The Collapse of Yugoslavia and the Soviet Union", en *EJIL* 1993, vol. 4, pp. 36-65.

⁵ Eslovenia, Croacia y Bosnia-Herzegovina ingresaron en la ONU el 22 de mayo de 1992, Macedonia el 8 de abril de 1993, Serbia y Montenegro el 1 de noviembre de 2000 y Montenegro el 28 de junio de 2006.

por la comunidad internacional -con más de 70 reconocimientos como Estado- y con un Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia, de 22 de julio de 2010 digno de estudio tanto por lo que aporta como por lo que decide no decir respecto a estas cuestiones.

II. DE LA PROVINCIA AUTÓNOMA DE KOSOVO A SU ADMINISTRACIÓN INTERNACIONAL

El territorio de Kosovo es un enclave de 10.887 km² situado en el extremo sur de la República de Serbia, colindante con las fronteras de Montenegro, Albania y la ex República Yugoslava de Macedonia, así como con la región serbia de mayoría bosnio-musulmana conocida históricamente como Sandjak de Novi Pazar. Tiene una población integrada, en números redondos, por 2.000.000 de albaneses, 80.000 serbios, 50.000 goranis, 40.000 arumanos y 20.000 turcos.

Aunque no hay unanimidad entre los historiadores sobre el origen de las diferentes poblaciones asentadas en el territorio de Kosovo, parece ser que la conquista otomana del mismo en el S. XV provocó un éxodo de los serbios ortodoxos que vivían allí y habían sido parte del Reino de Serbia de la dinastía Nemanjic, la progresiva islamización de los eslavos que permanecieron en el nuevo Vilayato otomano de Kosovo y la llegada en siglos posteriores de albaneses islamizados del vecino Vilayato de Iskodra (actual Albania). En 1878 se unieron las provincias albanesas en la Liga de Prizren con la intención tanto de independizarse del Imperio Otomano como de resistirse a la conquista de los nuevos Estados balcánicos cristianos, manteniendo un gobierno provisional hasta 1881, año en que sus tropas fueron derrotadas por ambos. Desde entonces han sido numerosos los intentos de asegurar su identidad religiosa diferenciada de las demás comunidades balcánicas mediante una entidad política propia, como en la insurrección de 1910, también sofocada con una derrota militar ante los turcos. Durante la Primera Guerra de los Balcanes fue ocupada por serbios y montenegrinos, que por el Tratado de Londres de 1913 obtuvieron, respectivamente, la anexión de la parte oriental del territorio y el norte de la región de Metohija. De esta forma se incorporó al nuevo Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos creado en 1918, del que sería continuador el Reino de Yugoslavia y después de la Segunda Guerra Mundial, la República Federal Socialista de Yugoslavia.

La anexión propició una fuerte migración de población eslava ortodoxa, especialmente en el enclave al norte de Mitrovica, junto a la antigua frontera de Serbia. Es entonces cuando surgen los primeros conflictos entre las comunidades

albanesa y serbia, que se recrudecen durante la contienda mundial, período en el que formó parte de la Gran Albania italiana y en el que las milicias albanesas (*vulnetari*) masacraron a unos 25.000 serbios y expulsaron a otros 90.000. Al terminar el conflicto armado los serbios se tomarían la revancha con la masacre de Tivar, en la que fueron asesinados unos 4.000 albanokosovares.

Después de la guerra Kosovo fue primero, en 1946, una región autónoma de la República Democrática Federal de Yugoslavia y posteriormente, desde 1963, una provincia autónoma dentro la República Federal Socialista de Yugoslavia, integrada en la República federada de Serbia. Pero lo cierto es que hasta la Constitución de 1974 no obtuvo un auténtico gobierno autónomo que pudiera, por ejemplo, establecer la lengua albanesa en la enseñanza. Con el nuevo texto constitucional propiciado por Tito obtuvo, además, una influencia real en las decisiones federales, puesto que consiguió formar parte del Gobierno Federal colegiado y obtener uno de sus votos, junto con las seis repúblicas federadas (Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina, Montenegro, Serbia y Macedonia) y con la otra provincia autónoma serbia, Voivodina, el antiguo Banato, con importantes lazos históricos y culturales con Hungría.

En 1981 los estudiantes albaneses iniciaron una revuelta solicitando convertirse en una de las repúblicas yugoslavas, que acabó con una dura represión federal y con el envenenamiento de unos 2.000 estudiantes. La reacción del gobierno autónomo se plasmó en una discriminación progresiva de la minoría serbia, que exigía cada vez más la integración plena en la República Socialista de Serbia. El ascenso al poder en Belgrado del ultranacionalista Slobodan Milosevic en 1987 tuvo como consecuencia la reducción, mediante referéndum celebrado en Serbia en 1989, de la autonomía de las dos provincias. El boicot kosovar al referéndum y la posterior negativa de su Asamblea a votar la nueva constitución yugoslava no impidieron su ratificación cuando la sede parlamentaria fue cercada por los tanques del Ejército Popular Yugoslavo.

La supresión de la autonomía provincial implicó en primera instancia la clausura de las instituciones políticas kosovares y posteriormente de los medios de comunicación y de los centros de educación en lengua albanesa, con la expulsión de cerca de un millar de profesores universitarios y de más de 20.000 estudiantes de la Universidad de Pristina. El despido masivo de albaneses de las empresas públicas, seguido de la expulsión de la función pública de decenas de miles de albanokosovares provocó una huelga general resuelta con la declaración del estado de emergencia. El 2 de julio de 1990 los grupos políticos albaneses de Kosovo declararon su independencia, reiterada el 22 de septiembre de 1991 por su asamblea y ratificada días después en un referéndum y por la propia asamblea el 19 de octubre; la voluntad secesionista se confirmó pocos

meses después cuando se celebraron unas elecciones no oficiales en las que obtuvo una mayoría aplastante la Liga Democrática de Kosovo y en la que su candidato Ibrahim Rugova (único que se presentó) resultó elegido Presidente de la autoproclamada República de Kosovo el 24 de mayo de 1992⁶. La situación se agravó considerablemente con las acciones emprendidas por el Ejército de Liberación de Kosovo desde 1996 y la respuesta militar serbia iniciada a principios de 1998, en un enfrentamiento que armado que provocó hasta marzo de 1999 unos 450.000 desplazados y refugiados albaneses, principalmente hacia Macedonia, y unos 30.000 serbios y de otras minorías, hacia Serbia y Montenegro.

Puede sorprender que la ONU no adoptase respecto de este conflicto ninguna medida de la índole de las aplicadas en Croacia o en Bosnia-Herzegovina en aquellos años. De hecho, la Resolución del Consejo de Seguridad 855 de 9 de agosto de 1993 utiliza una terminología diplomática *blanda* para exhortar a Belgrado a aceptar la misión propuesta por la OSCE y pedir a las partes que no se extienda el conflicto que hay en otras regiones a ésta. Y hasta cinco años después no volverá a actuar, en esta ocasión, con la Resolución 1160 de 31 de marzo de 1998 por la que condena el *uso de una fuerza excesiva* de las fuerzas policiales serbias y el terrorismo del ELK, y con fundamento en el Capítulo VII de la Carta exige el cese de las hostilidades por ambas partes y -como única medida de este capítulo- impone la prohibición de comerciar en Serbia y Kosovo con armas, municiones y equipos militares (medida propia del Artículo 41). Meses después, en la Resolución 1199 de 23 de septiembre de 1998, condena los *intensos combates* y el incremento del número de desplazados y refugiados, que califica de *catástrofe humanitaria*, y aunque considera que la situación constituye una amenaza para la paz y la seguridad, sólo reitera su requerimiento anterior de cese de hostilidades y añade un requerimiento para que se resuelva la situación humanitaria y se permita la presencia de una misión de observación⁷. Finalmente, el 17 de noviembre de 1998, por la Resolución 1207 se extendió expresamente el ámbito de las investigaciones de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para los crímenes cometidos en la Antigua Yugoslavia a este territorio. En realidad, el Consejo de Seguridad no podía adoptar medidas más severas y eficaces puesto que Rusia amenazaba con vetar las propuestas que presentaban otros miembros permanentes, principalmente Francia.

⁶ El líder de la Liga Democrática de Kosovo fue elegido Presidente de Kosovo posteriormente por el Parlamento supervisado por la Administración Internacional el 4 de marzo de 2002, y falleció en el cargo el 21 de enero de 2006.

⁷ Serbia y la OSCE firmaron un acuerdo el 16 de octubre de 1998 para el despliegue de una misión de verificación del cumplimiento de las Resoluciones 1160 y 1199. Un día antes, el 15 de octubre, había firmado con la OTAN un acuerdo para su verificación por la fuerza aérea de la Alianza, que no se aplicó.

La situación era, sin embargo, tan alarmante que el Grupo de Contacto para Kosovo convocó una Conferencia de Paz, desarrollada en Rambouillet entre febrero y marzo de 1999, en la que los representantes serbios y kosovares aceptaron restablecer la autonomía de Kosovo y convocar elecciones libres para sus instituciones políticas, y acordaron el cese de las hostilidades y el despliegue de una fuerza multinacional que lo supervisara⁸. El acuerdo no fue suscrito, sin embargo, por la delegación serbia, siguiendo instrucciones de su Gobierno, y el 24 de marzo la fuerza área de la OTAN inició el bombardeo de objetivos serbios tanto en Belgrado como en Kosovo. La guerra de Kosovo se prolongó hasta el 10 de junio de 1999 y la intervención de los Estados miembros de la OTAN consistió en el bombardeo aéreo y el lanzamiento de misiles navales. Los bombardeos de la OTAN, la represión serbia, el enfrentamiento entre las fuerzas militares y policiales serbias y el ELK, y la expulsión sistemática de albanokosovares provocaron el éxodo de otros 300.000 albaneses, principalmente a Albania y Macedonia. Aunque es objeto de controversia, parece ser que antes y durante la guerra murieron por acciones armadas o de represión unos 600 serbios y alrededor de 4.500 albaneses. En junio de 1999 Milosevic aceptó con el Acuerdo de Kumanovo la propuesta de los mediadores finlandeses y rusos de cese de hostilidades y de presencia de una fuerza multinacional bajo la autoridad de las Naciones Unidas. Con el fin del conflicto armado regresaron la práctica totalidad de los refugiados albaneses y se marcharon de Kosovo cerca de 200.000 serbios⁹.

La intervención militar de la OTAN era contraria al ordenamiento jurídico internacional¹⁰, por cuanto no fue realizada ni autorizada por el Consejo de Seguridad¹¹ de la ONU conforme a lo previsto en los Artículos

⁸ El Grupo de Contacto para Kosovo –integrada por Estados Unidos, Rusia, Francia, Reino Unido, Alemania e Italia– intentó durante la segunda mitad de los años noventa conseguir un acuerdo entre las partes que asegurara una autonomía política del territorio bajo supervisión internacional. En estrecha coordinación con la OSCE, propuso el despliegue de una misión de verificación de ésta, que no fue en ningún momento autorizada por Belgrado.

⁹ Según informes de la OSCE y de la UNHCR en 2010 todavía hay 219.000 refugiados, de los cuales 205.000 están en Serbia, y 19.000 desplazados en el interior de Kosovo. Véase *Informe de la Misión de Verificación de la OSCE en Kosovo* de 30 de noviembre de 2010.

¹⁰ Véanse, entre otros, REMIRO BROTONS, A., “Un nuevo orden contra el Derecho Internacional: El caso de Kosovo”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 1/2000; ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., “Kosovo, todo por el Derecho internacional pero sin el Derecho internacional”, en *Meridiano Ceri*, núm. 28 (agosto 1999) 4-8; y RIPOLL, S., “El Consejo de Seguridad y la defensa de los derechos humanos. Reflexiones a partir del conflicto de Kosovo”, en *REDI* 1999, vol. I, pp. 59-87. Sobre esta cuestión, ÁLVAREZ LÓPEZ, E., “La intervención militar de la OTAN en la República Federal de Yugoslavia: La legalidad internacional cuestionada”, en *Revista de la Facultad de Derecho UCM*, núm. 93 (2000) 9-48.

¹¹ El 14 de mayo de 1999 había adoptado una Resolución, la 1239, en la que insiste en la atención humanitaria a desplazados y refugiados, pero en la que sólo califica la situación de *crisis*, como si no estuviera pasando nada en Kosovo ni en Serbia.

42 y siguientes de la Carta de San Francisco¹². En este sentido, el pretendido derecho o deber de intervención humanitaria sin la debida autorización del Consejo de Seguridad que se alega por algunos Gobiernos y por algunos autores, contradice totalmente las normas establecidas en la Carta de las Naciones Unidas en relación con el principio que establece la prohibición de recurrir al uso de la fuerza por parte de los Estados y con la trasferencia de la competencia de mantenimiento de la paz al Consejo de Seguridad, y por tanto no tiene fundamento alguno, en nuestra opinión. No obstante, el debate sobre esta cuestión pronto se acalló para este caso concreto por cuanto este organismo legalizó la presencia militar multinacional mediante su Resolución 1244 de 10 de junio de 1999¹³.

En el Anexo 1 de esta resolución se señalan los principios generales en que debe basarse la solución de este conflicto, contenidos en la Declaración de 6 de mayo de 1999 del G-8, que hace suya el Consejo de Seguridad: 1) Cese de la violencia; 2) retirada de las fuerzas armadas; 3) despliegue de dos misiones internacionales, una civil y otra de seguridad; 4) establecimiento de una administración provisional; 5) retorno de los desplazados y refugiados; 6) establecimiento de un gobierno autónomo; 7) respeto a la soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Serbia; 8) desmovilización del ELK; 9) estabilización y desarrollo económico; y 10) todo ello bajo la autoridad de las Naciones Unidas. Estos principios se explican más ampliamente en el Anexo 2, con precisiones como que la misión de seguridad contará con una *participación sustancial de la OTAN*, y se declara que son aceptados por la parte serbia. Las funciones de la misión de seguridad son: imponer el cese de hostilidades, supervisar la retirada de fuerzas serbias y de la desmilitarización del ELK, crear un entorno seguro para resolver la crisis humanitaria, mantener el orden público, supervisar la remoción de minas, vigilar las fronteras y apoyar y proteger a la misión civil. Y las de la misión civil: promover un gobierno autónomo, crear las instituciones democráticas provisionales, cumplir funciones administrativas básicas mientras sea necesario, promocionar los derechos humanos, apoyar la reconstrucción, la ayuda humanitaria y el retorno de desplazados y refugiados, *y facilitar un proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo, teniendo en cuenta los acuerdos de Rambouillet.*

¹² Así lo afirma el Secretario General K. Anann en su Informe Anual, Doc. A/54/1: *des mesures de coercition qui son prises, sans l'autorisation du Conseil de Sécurité portent atteinte à l'existence même du système de sécurité international fondésur la Charte des las Nations Unies. Seule la Charte offre une base juridique universellement acceptée pour le recours à la force.*

¹³ Esta cuestión de la legalización de la intervención militar por la Resolución 1244 no es pacífica en la doctrina. La defienden, entre otros, ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., *op. cit.*, p. 6; en sentido contrario, entre otros, SUR, S., "Aspects de l'intervention au Kosovo", en *Annuaire Français de Relations Internationales*, (2000) 163-226.

Como consecuencia de esta resolución se establece en julio de 1999 en Kosovo una administración provisional internacional dirigida por un Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas en Kosovo, con una misión civil a cargo de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (MINUK) –asistida por la misión EULEX Kosovo de la Unión Europea y otros Estados desde 2008- y una misión de seguridad encomendada a la KFOR (*Kosovo Force*)¹⁴. Desde entonces se ha dotado a Kosovo de unas instituciones autónomas elegidas democráticamente. La Asamblea, con 100 diputados elegidos proporcionalmente y otros 20 reservados de forma predeterminada para las minorías existentes, ha sido elegida sucesivamente en 2001, 2004, 2007 y 2010. El territorio cuenta además con un Presidente, un Primer Ministro y un Tribunal Constitucional. No obstante, como consta en el Reglamento de la MINUK¹⁵ toda la autoridad legislativa, ejecutiva y judicial corresponde a ésta, de tal forma puede intervenir y corregir las decisiones de las instituciones autónomas provisionales, cuyas actuaciones no pueden afectar a la autoridad del Representante Especial para garantizar la plena aplicación de la Resolución 1244.

En 2006 se iniciaron las negociaciones internacionales para determinar el estatuto político de Kosovo¹⁶, encomendándose al Enviado Especial de la ONU Martti Ahtisaari¹⁷ la elaboración de una propuesta de acuerdo, que –después de varias rondas de negociaciones con las partes implicadas entre febrero y septiembre de 2006- presentó el 2 de febrero de 2007. El Plan Ahtisaari fue rechazado de plano por Serbia al considerar dicha propuesta que la única solución era la independencia tutelada internacionalmente¹⁸. El Secretario General transmitió al Consejo el 26 de marzo de 2007 un informe de su Enviado Especial¹⁹ en el que concluía que *las partes no son capaces de llegar a un acuerdo*

¹⁴ La KFOR está integrada por militares de treinta Estados, de la OTAN y de otros países no miembros como Marruecos, Suiza o Ucrania, con un contingente que ha variado entre 18.000 y 51.000 efectivos.

¹⁵ Los sucesivos Reglamentos de la MINUK han sido aprobados por el Representante Especial del Secretario General, el primero el 25 de julio de 1999, el segundo el 12 de diciembre de 1999 y el tercero el 15 de mayo de 2001.

¹⁶ En el Informe de 7 de octubre de 2005 (S/2005/635) el Enviado Especial Kai Eide concluyó que había llegado el momento de pasar a la siguiente fase del proceso político, sirviendo esta opinión de fundamento para que el Consejo de Seguridad manifestara su apoyo al inicio de un proceso político para determinar el futuro estatuto de Kosovo, tal y como proponía el propio Secretario General.

¹⁷ Designado por el Secretario General y aprobado por el Consejo en noviembre de 2005 específicamente para proponer el estatuto de Kosovo.

¹⁸ En el punto 5 del Plan dice *I have come to the conclusion that the only viable option for Kosovo is Independence, to be supervised for an initial period by the international community.*

¹⁹ Informe del Enviado Especial S/2007/168, de 26 de marzo de 2007, que incluye su plan sobre el futuro de Kosovo.

sobre el estatuto futuro de Kosovo. Tampoco hubo acuerdo en el Consejo de Seguridad para aprobar el Plan Ahtisaari, según un proyecto propuesto por Francia, Reino Unido, Estados Unidos, Alemania, Italia y Bélgica²⁰, ni tuvieron ningún éxito las nuevas negociaciones entre las partes auspiciadas por la troika integrada Estados Unidos, Rusia y la Unión Europea y desarrollada entre agosto y diciembre de 2007.

III. EL DICTAMEN DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE KOSOVO

Las elecciones parlamentarias de noviembre de 2007 situaron como principal partido político, con mayoría relativa, al nacionalista PDK, brazo político del ELK, lo que permitió el ascenso al poder de su líder, Hashim Thaçi, actual Primer Ministro de Kosovo, que se alió con la LDK del Presidente Fatmir Sejdiu, segunda fuerza política del territorio. La radicalización de la Asamblea y del Gobierno propiciaron que aquélla aprobara el 17 de febrero de 2008²¹ una declaración –a la que se adhirió el Presidente Sejdiu- por la que declaraba su independencia en los siguientes términos:

1. Nosotros, los dirigentes democráticamente elegidos de nuestro pueblo, por la presente declaramos que Kosovo es un Estado independiente y soberano. Esta declaración refleja la voluntad de nuestro pueblo y es plenamente conforme con las recomendaciones del Enviado Especial de las Naciones Unidas, Martti Ahtisaari, y con su propuesta integral de acuerdo sobre el estatuto de Kosovo. 2. Declaramos que Kosovo es un república democrática, laica y multiétnica, guiada por los principios de no discriminación y protección igual ante la ley. Protegeremos y promoveremos los derechos de todas las comunidades de Kosovo y crearemos las condiciones necesarias para su participación efectiva en los procesos políticos y de toma de decisiones (...) 5. (...) Pedimos y aceptamos una presencia internacional que supervise nuestra ejecución del Plan Ahtisaari y una misión por el estado de derecho encabezada por la Unión Europea (...).

Esta declaración fue contestada inmediatamente por el Gobierno de Serbia, que protestó formalmente y consiguió que se reuniera de emergencia de 18 de febrero de 2008 el Consejo de Seguridad, que no obstante no adoptó

²⁰ S/2007/437 Prov., de 17 de julio de 2007.

²¹ Votaron favorablemente 109 diputados, incluido el Primer Ministro. No asistieron a la sesión los 11 restantes, representantes de las minorías serbia (10) y gorani (1).

ninguna resolución al respecto ante la disparidad de opiniones de sus miembros permanentes.

El 22 de julio de 2010 el Tribunal Internacional de Justicia emitió su dictamen sobre la conformidad con el Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Esta opinión consultiva del alto tribunal de la Organización de las Naciones Unidas se hizo a propuesta de la Asamblea General, en virtud de su Resolución 63/3 de 8 de octubre de 2008, La consulta de los Estados miembros reunidos en la Asamblea General tiene un objeto muy concreto: *¿Se ajusta al Derecho internacional la declaración de independencia formulada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo?* Lo primero que hay que poner de relieve es que con una pregunta tan sucinta y tan poco ambiciosa no es de extrañar que el Tribunal haya emitido un dictamen ciertamente evasivo, insustancial y poco concluyente, que ha sido interpretado en los ámbitos políticos y periodísticos exagerando enormemente su contenido y alcance.

El Tribunal advierte que en su opinión que *la cuestión planteada por la Asamblea General está claramente formulada, que es una cuestión acotada y específica: sólo se consulta sobre la legalidad de la declaración de independencia. 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*²². El Tribunal limita el alcance de la consulta excesivamente, como criticó en su opinión particular el juez Yusuf, quien -pese a votar con la mayoría- considera que se ha perdido una magnífica oportunidad de precisar el derecho de libre determinación en esta clase de pueblos, que -como veremos- cuenta con una formulación jurídica mínima y con una práctica muy desigual y muy condicionada políticamente. También el juez Sepúlveda-Amor se suma a esta crítica, por entender que se requería el pronunciamiento del TIJ sobre la legalidad de los reconocimientos de Kosovo como Estado y sobre la existencia o no de un Estado. Por ello, no es de extrañar que el juez Simma -también pese a su voto con la mayoría- califique el dictamen de mera *jurisprudencia mecánica*²³.

²² *Opinión consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre la conformidad con el Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*, de 22 de julio de 2010. A/64/881, p. 23.

²³ El dictamen sobre la cuestión de fondo se adoptó por una mayoría de 10 de los 14 jueces del Tribunal. Votaron en contra los jueces Tomka, Koroma, Bennouna y Skotnikov. Entre la mayoría, los jueces Simma, Yusuf, Sepúlveda-Amor, Cançado Trindade y Keith adjuntan opiniones separadas en las que expresan su discrepancia con aspectos concretos del dictamen adoptado.

Indudablemente, el principal responsable de esto es la propia Asamblea General, por cuanto pudo realizar una consulta más amplia y específica, si bien es cierto que en ese caso es muy posible que no se hubiera obtenido la mayoría necesaria para solicitar la opinión consultiva del Tribunal de La Haya. En cualquier caso, esta alta instancia judicial no tiene -o no debe tener- los condicionamientos políticos de los representantes gubernamentales y podría haber sido más ambiciosa en sus pretensiones. Puesto que admite su competencia para apartarse de la redacción literal de las cuestiones planteadas cuando se plantean de forma inadecuada, poco clara o irrelevante²⁴, debería haber considerado que la cuestión jurídica realmente procedente –recurriendo a la terminología que utiliza el Tribunal en su Opinión Consultiva sobre *la interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*²⁵- no es si el acto de la declaración de independencia formulado por las instituciones autónomas provisionales de Kosovo es conforme o no con la legalidad internacional, sino si el pueblo de Kosovo tiene derecho a la libre determinación, si el reconocimiento efectuado por numerosos Estados es conforme con el Derecho internacional y si Kosovo es ya un Estado.

Centrándose, sin embargo, en la declaración, considera que no es ilegal porque el Derecho internacional no prohíbe las declaraciones de independencia, en todo caso prohíbe los actos que en su conexión supongan un incumplimiento grave del mismo, por ejemplo, porque se utilice como fundamento para un uso ilegal de la fuerza. En este último sentido recuerda el Tribunal los casos de las declaraciones de independencia de Rhodesia del Sur (considerada contraria a la prohibición del apartheid por las Resoluciones del Consejo de Seguridad 216 y 217 de 1965), de la República Turca del Norte de Chipre (contraria a la prohibición del uso de la fuerza contra la integridad territorial de los Estados por la Resolución 541 de 1983) y de la entidad serbobosnia (por la Resolución 787 de 1992)²⁶.

No obstante, una vez expuesta esta consideración meramente formal, descarta en su dictamen examinar si el pueblo de Kosovo puede autodeterminarse con fundamento en la doctrina de la opresión (*remedial secession*), que explicaremos sucintamente más adelante, ya que -como se ha dicho- desestima entrar en otras cuestiones no directamente relacionadas con el acto formal de la declaración de independencia. De esta forma, sólo podemos discutir el contenido de esta

²⁴ Se remite el TIJ a lo establecido en sus opiniones consultivas sobre la *Interpretación del acuerdo greco-turco de 1 de diciembre de 1926*, de 1928, sobre la *Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*, de 1980, y sobre la *Petición del fallo núm. 273 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas*, de 1982.

²⁵ *ICJ Reports 1980*, p. 89.

²⁶ Opinión Consultiva, p. 35.

opinión consultiva desde los fundamentos aportados por el Tribunal. A este respecto, si argumenta que sólo se han prohibido en la práctica internacional las declaraciones de independencia contrarias a las normas imperativas, como la que prohíbe usar la fuerza para atentar contra la integridad territorial de los Estados, conviene analizar el ejemplo citado de la entidad serbobosnia.

En la Resolución 787 de 1992 se dice textualmente en su párrafo tercero que el Consejo de Seguridad *reitera firmemente su llamamiento a todas las partes y a otros interesados para que respeten estrictamente la integridad territorial de la República de Bosnia y Herzegovina, y afirma que no se aceptará ninguna entidad declarada unilateralmente ni arreglos impuestos con violación de esa integridad*. Atendiendo a una interpretación estrictamente literal podría considerarse que lo que el Consejo condena es la creación unilateral del nuevo Estado en perjuicio de la integridad de Bosnia-Herzegovina, sin atender a otras consideraciones circunstanciales.

Esto sin suda es conforme con la doctrina mantenida a lo largo de los conflictos yugoslavos de permitir exclusivamente el acceso a la independencia de las entidades consideradas en la Constitución de Yugoslavia como Repúblicas Socialistas Federadas. A este respecto hay que recordar que la Comisión Badinter -creada por la Conferencia de Paz de 1991- consideró, en primer lugar, que sólo las seis repúblicas federadas de la Constitución de 1974 tenían derecho a la libre determinación, y no las dos provincias autónomas (ambas en Serbia) de Kosovo y Voivodina, porque sólo a aquéllas - como *pueblos constituyentes*- lo reconocía dicho texto fundamental²⁷; y en segundo lugar, que las fronteras de los nuevos Estados debían ser las coincidentes con las divisiones administrativas de la república federal, sin ningún cambio, aplicando la doctrina internacionalista del *uti possidetis iuris*. Olvidó señalar esta Comisión que la constitución yugoslava reconocía el derecho de autodeterminación, pero también exigía para su ejercicio el consenso entre todas las partes²⁸, y que esta doctrina sobre límites territoriales sólo se aplica en los supuestos de

²⁷ Véanse Opiniones de la Comisión Arbitral en *EJIL* 1992, vol. 3, pp. 182 y ss., y 1993, vol.4, pp. 71 y ss., y en RODRÍGUEZ-PONGA, J., "La Comisión de Arbitraje de la Comunidad Europea sobre Yugoslavia, en *REDI* 1992, vol. I, pp. 252-259.

²⁸ La Constitución invocaba como uno de sus principios básicos el de libre determinación de los pueblos, lo que unido al reconocimiento de este derecho a los pueblos constituyentes y a la previsión de su Artículo 5.4 de que sus fronteras sólo podían ser modificadas con el acuerdo de todas las Repúblicas y Provincias Autónomas, ha permitido considerar que existía un fundamento constitucional explícito a las pretensiones secesionistas de éstas. Sin embargo, otros autores consideran que esas previsiones no son en modo alguno tan expresas: BAGWELL, B., "Yugoslavian Constitutional Questions: Self-Determination and Secession of Member Republics", en *Georgia Journal International Comparative Law* 1991, pp. 489 y ss., y CASSESE, A., *Self-Determination of Peoples*, Cambridge 1995, pp. 269-270.

descolonización y el yugoslavo no lo es. En nuestra opinión, respecto de las repúblicas federadas hubiera bastado con recurrir a la autodeterminación interna para justificar el desmembramiento de las partes integrantes de la confederación, sin necesidad de hablar, como hizo la Comisión Badinter, de libre determinación de los pueblos o incluso de descolonización. Entre otras cosas porque difícilmente se puede hablar de opresión o discriminación, ya que no la había y porque constitucionalmente era un Estado con una presidencia anual rotatoria entre las repúblicas federadas y un ejecutivo integrado por los ocho (también las dos provincias) y con derecho de veto de todos ellos, como ya hemos señalado.

En cualquier caso, esta doctrina contraria a la *secesión vertical*, se mantiene respecto de los serbios de Croacia y Bosnia, y los albaneses de Macedonia y Kosovo, y su único fundamento expreso es que son declaraciones unilaterales contrarias a la integridad territorial de estos Estados en los que están integrados. Lo cual dice poco o nada, ya que tan estructural del ordenamiento jurídico internacional -y tan incompatibles entre sí- son el principio de integridad territorial como el de libre determinación de los pueblos, y siempre que un pueblo se ha independizado del Estado en el que estaba lo ha hecho unilateralmente -salvo muy contadas excepciones- y en contra, lógicamente, de su integridad territorial. Y en muchas ocasiones con la ayuda militar de otros Estados.

El mantenimiento de esta doctrina por el Consejo de Seguridad es unánime en todas sus resoluciones sobre el conflicto de Kosovo, puesto que afirma en todas ellas el respeto a la integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia²⁹. Tampoco hay que olvidar que es uno de los principios básicos para la solución pacífica de la crisis de Kosovo recogidos en el Anexo 1 de la Resolución 1244, concretamente en su punto sexto, donde dice que se abrirá *un proceso político encaminado al establecimiento de un acuerdo sobre un marco político provisional que prevea un gobierno autónomo sustancial para Kosovo, teniendo plenamente en cuenta los acuerdos de Rambouillet y los principios de soberanía e integridad territorial de Yugoslavia y los demás países de la región*. Como puede comprobarse el Consejo prima el principio estructural del respeto a la soberanía e integridad territorial -a favor de Serbia (antes la República Federativa de Yugoslavia)- sobre el de libre determinación de los pueblos, que beneficiaría a Kosovo y que no menciona en ninguna de sus resoluciones.

²⁹ Véanse, entre otras, las Resoluciones del Consejo de Seguridad 1160 de 31 de marzo de 1998, párrafo séptimo, 1199 de 23 de septiembre de 1998, párrafo décimo tercero, 1203 de 24 de octubre de 1998, párrafo décimo cuarto, y Resolución 1244 de 10 de junio de 1999, párrafo décimo.

El Tribunal Internacional de Justicia, sin embargo, y aunque no se pronuncia expresamente sobre ello, al poner como ejemplos los casos de Rhodesia del Sur, la República Turca del Norte de Chipre y la República Sprska, parece apuntar algo más.

A este respecto, si hacemos una interpretación lógico-sistemática -y no tan sólo literal del párrafo citado de la Resolución 787- podemos comprobar que con anterioridad a su condena a la vulneración de la integridad territorial bosnia, el Consejo reprueba igualmente las *violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y toda práctica de depuración étnica*. Por tanto, aunque mantenga la doctrina expuesta de no aceptar secesiones verticales sin exponer ningún fundamento jurídico al respecto, también es cierto que no se puede desligar esa condena de la declaración de independencia de la República Sprska de los actos de genocidio cometidos. O al menos es lo que parece entender el propio Tribunal Internacional de Justicia al citar los tres ejemplos expuestos, en los que no sólo hay un obvio atentado contra la integridad territorial en dos de ellos -Chipre y Bosnia- sino también una vulneración muy grave, masiva y sistemática de los derechos humanos fundamentales, en los tres, y de forma muy similar en aquéllos. Tampoco se pueden obviar otras semejanzas, como el uso de la fuerza por otros Estados para asegurar la secesión de los territorios turco de Chipre y serbio de Bosnia, aunque en ninguna de las dos resoluciones -541 y 787- se hace referencia a la actuación militar de Turquía y de Serbia, y aunque el carácter decisivo de éstas es muy diferente en los dos casos, siendo determinante en el chipriota y menos relevante en el bosnio, al menos en esa fase inicial del conflicto civil bosnio.

Desde luego, si esto es así, si lo que se protege no es sólo la integridad territorial de un Estado, sino que se condenan sus atentados cuando concurren otras circunstancias especialmente relacionadas con la vulneración de los derechos humanos fundamentales, el Tribunal podría haber entrado a considerar si la declaración efectuada por las instituciones kosovares incurría en un incumplimiento circunstancial de normas imperativas -como en los ejemplos que cita-, ya sea por uso de la fuerza de otros Estado o por violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos. En su lugar, realiza un análisis de la conformidad de la declaración, no con las normas imperativas, sino con el marco jurídico especial creado por la Resolución 1244. Todo menos pronunciarse sobre el Derecho internacional general: primero elude analizar si cabe o no el derecho de libre determinación y después huye del examen de la conformidad de la declaración con las normas imperativas, cuestión que -en ausencia de un pronunciamiento sobre aquélla- habría sido de gran utilidad al menos para conocer si los reconocimientos efectuados posteriormente por numerosos Estados son lícitos o no.

Por el contrario, su análisis es sorprendente, por irrelevante. En su examen de la conformidad de la declaración con la Resolución 1244, el Tribunal aborda tanto el examen de la autoría como de su contenido material, aunque de una forma bastante elíptica. Desde la primera perspectiva, formal, estima que los autores de la declaración -Asamblea, Primer Ministro y Presidente- no actúan como órganos de la administración provisional, deduciendo que no hay intención de que surta efecto dentro del ordenamiento jurídico provisional. Entiende, en consecuencia, que si no es un acto propio del sistema autónomo provisional no puede haber control del Representante Especial del Secretario General y por tanto no puede incumplirse -desde una perspectiva formal- el mandato de la ONU. Para llegar a esta conclusión simplemente expone que el acto no tiene ninguna intención normativa puesto que no se publicó en el boletín oficial y no se comunicó al Representante Especial, como es preceptivo. Habiendo sido adoptado al margen del procedimiento establecido, no cabe su incumplimiento.

Lo cierto es que la argumentación del Tribunal es realmente forzada. Por un lado afirma que si los autores de la declaración actúan al margen de las competencias que le atribuye el marco jurídico-político instituido por la Resolución 1244 y los Reglamentos de la MINUK, no puede producirse ningún ilícito respecto de éste. Y por otro, desde una perspectiva material, considera que ni la Resolución 1244 ni actos posteriores de las Naciones Unidas han establecido el estatuto definitivo de Kosovo, por lo que no puede concluirse que el contenido de la declaración sea contrario a ninguna decisión de la ONU. Pero, se mire como se mire, el acuerdo adoptado por la Asamblea de Kosovo es contrario a la Resolución 1244, ya que esta decisión del Consejo de Seguridad establece que el estatuto definitivo del territorio lo establecerán las partes mediante acuerdo -no unilateralmente-, y debe basarse en los principios y condiciones que establece la propia resolución, entre ellos, una plena autonomía y el respeto a la integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia (ahora Serbia), condiciones que se vulneran grave y notoriamente³⁰. También hay que tener en cuenta que el Belgrado aceptó la administración internacional y que no hubo una transferencia de soberanía a la MINUK, por lo que tampoco los órganos de la administración provisional se pueden apropiar de la misma por esa vía.

³⁰ Los argumentos que exponen los representantes kosovares en el procedimiento ante el Tribunal para demostrar que no está vigente el principio de integridad territorial de Serbia son realmente estrambóticos: por un lado consideran que no rigen respecto de Serbia porque se formulan en relación con la República Federativa de Yugoslavia y que si Montenegro pudo secesionarse también lo podrá Kosovo; pero además defienden que es un principio establecido en el Anexo I y en las negociaciones de Rambouillet con la intención de que fuera sólo aplicable en el período transitorio previo a la determinación del estatuto político de Kosovo, y que la mera aprobación de la administración internacional del territorio implica ya la segregación de esta provincia de Serbia. Véase escrito de 17 de abril de 2009, pp. 177 y ss.

Con todo el respeto que merecen los eminentes juristas que integran este alto órgano judicial, admitir que la Asamblea puede actuar como algo distinto de lo que es esencialmente y que no se puede contradecir una solución política inexistente son conclusiones que están más cerca del sofisma que del sentido común. Sería como decir que puede considerarse una exageración la intervención del Ejército Expedicionario Británico del General Howe para combatir la declaración de independencia del Congreso Continental en 1776, puesto que, a fin de cuentas, esta institución no tenía competencia para hacerlo y ni siquiera se la comunicaron a Jorge III. La impresión que da es que el Tribunal ha hecho un enorme esfuerzo para evitar declarar la ilicitud de un acto que visto desde una perspectiva más amplia que la utilizada le habría obligado a pronunciarse sobre un tema demasiado espinoso políticamente: si los pueblos no sometidos a dominación colonial tienen derecho a secesionarse de los Estados en los que están integrados, cuarenta años después de que la Asamblea General hiciera una formulación al respecto considerada hoy, en general, como demasiado generosa.

IV. ¿PUEDE KOSOVO EJERCER EL DERECHO INTERNACIONAL DE LIBRE DETERMINACIÓN?

Resulta frustrante, como han puesto de manifiesto los jueces Yusuf, Simma y Sepúlveda-Amor en sus opiniones separadas, que el Tribunal de La Haya renuncie a pronunciarse sobre las cuestiones realmente relevantes del proceso de secesión iniciado por los representantes albanokosovares en 2008, y en primer lugar, por ser sin duda lo más importante desde el punto de vista del Derecho internacional, sobre si Kosovo tiene derecho, conforme a éste, a su libre determinación.

No creo necesario explicar con exhaustividad el régimen jurídico internacional relativo a la libre determinación de los pueblos. Es bien conocido que la Carta de las Naciones Unidas de 1945 reconoce el principio de libre determinación de los pueblos, pero que sólo desarrolla el régimen relativo a los pueblos sometidos a dominación colonial, con una auténtica obligación descolonizadora sólo para los territorios de las potencias derrotadas en las dos guerras mundiales. No obstante este régimen descolonizador se amplía sin excepciones, entre otras, mediante la Resolución de la Asamblea General 1514 de 1960.

Pero, ¿qué ocurre con los demás pueblos, aquellos que no están sometidos a dominación colonial? Éstos, ya sean pueblos indígenas, minorías nacionales o cualesquiera otros integrados en los Estados, tendrían que esperar hasta 1970 para ver reconocido expresamente su derecho a la libre determinación. En la Resolución de la Asamblea General 2625 de 1970, entre otras muchas cosas,

se reconoce este derecho a todos los pueblos, sometidos o no a dominación colonial, y su régimen se concreta diciendo literalmente que *ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color*. En consecuencia, se reconoce el derecho de libre determinación, pero se limita su ejercicio conforme al denominado -poco rigurosamente- *criterio de legitimidad democrática* o -más propiamente- *cláusula de salvaguardia de la soberanía estatal*. Todos estos pueblos son, por tanto, titulares del derecho de autodeterminación, pero tan sólo aquellos pueblos discriminados dentro de sus Estados pueden ejercerlo conforme a Derecho³¹. Por ello los autores anglosajones suelen denominar a esto la *doctrina de la opresión*, terminología que utiliza, por cierto, el dictamen del Tribunal de La Haya.

Obvia decir que estas siete líneas son muy poco texto jurídico para un problema tan relevante, causa de tantas tensiones y de tantos conflictos armados. La práctica posterior, que nos permitiría completar esta formulación, no es muy esclarecedora³², puesto que los autores y aplicadores del Derecho internacional, los Estados, son, lógicamente, las víctimas evidentes de esta institución. De hecho hay una práctica diplomática desigual: así, aunque se ha aplicado con cierto rigor en algunos casos -como Eritrea en 1993-, en otros se ha admitido, sin embargo, la creación de nuevos Estados con este fundamento formal pero sin que fuera evidente ninguna discriminación -Bangladesh, 1971-, o incluso se ha negado en casos totalmente fundamentados, como Mayotte en 1976. También es notorio que la práctica convencional es más bien contraria a este reconocimiento. En el caso de los pueblos indígenas la reciente Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2007 ha optado por un amplio reconocimiento de derechos económicos y culturales, e incluso de una autonomía política, pero siempre salvaguardando la integridad territorial de los Estados. Y respecto

³¹ Sobre el contenido de la discriminación necesaria para permitir el ejercicio de este derecho hay interpretaciones más estrictas y más amplias. Sobre las primeras, véanse, principalmente, HANNUM, H., *Autonomy, Sovereignty and Self-Determination*, Filadelfia 1990, y sobre las segundas, entre otras, BUCHHEIT, L.C., *Secession*, New Haven 1978; McCORQUODALE, R., "Self-Determination: A Human Rights Approach", en *ICLQ* 1994, pp. 857 y ss.; THORNBERRY, P., "Self-Determination, Minorities, Human Rights", en *ICLQ* 1989, pp. 868 y ss.; y R.C.A. WHITE, "Self-Determination: Time for a Reassessment?", en *NIL* 1981, pp. 160 y ss.

³² Sobre la práctica en esta materia, PEREA UNCETA, J.A., *El derecho internacional de secesión*, Madrid 2008, pp. 69 y ss.

de las minorías nacionales, todos los textos de la ONU -como la Declaración de la Asamblea General sobre los derechos de las minorías de 1992- y de las organizaciones regionales -como el Convenio de Estrasburgo del Consejo de Europa de 1995- fomentan la no discriminación y la preservación de su diferenciación cultural, pero no contemplan la secesión, ni siquiera su autonomía política.

No obstante, la Resolución 2625 desarrolla un principio estructural del Derecho internacional formulado en la Carta de las Naciones Unidas y, en este sentido y por el procedimiento y los propósitos de su aprobación, tiene a este respecto naturaleza de norma imperativa, por lo que no se puede negar la existencia de un derecho de libre determinación de otros pueblos, además de los sometidos a dominación colonial. Cuestión más controvertida es su contenido exacto, puesto que la práctica posterior no aporta determinaciones concluyentes. Por ello podemos afirmar que el requisito que permite el ejercicio efectivo de este derecho es de forma incontrovertida la existencia de una discriminación sobre los integrantes del pueblo, por el hecho de serlo, que impida, al menos, su participación en los órganos de gobierno del Estado. Y aunque no esté confirmado por la práctica internacional, consideramos que hay una tendencia a aceptar que también se puede activar cuando un pueblo es sometido a un atentado grave, masivo y sistemático de sus derechos humanos fundamentales.

En este sentido, no cabe duda de que entre 1989 y 1999 había suficientes indicios para considerar que el trato dado a la población albanokosovar por el Gobierno que había entonces en Belgrado era realmente discriminatorio. La supresión de los órganos políticos territoriales, la suspensión de su participación en el gobierno federal, la expulsión de la función pública, de las empresas estatales y de la universidad de los albaneses, la prohibición de la enseñanza en su lengua... todo parecía indicar que se estaba realizando una acción represiva claramente discriminatoria³³, que ya en los primeros años noventa debería haber sustentado la aplicación de la Resolución 2625. Sin embargo, no se hizo, por razones obviamente políticas, ya que países como Rusia y China no habrían permitido una decisión de este tipo en el Consejo de Seguridad de la ONU. Es interesante comprobar, a este respecto, que China en su declaración escrita con ocasión del estudio de este asunto por el Tribunal Internacional de Justicia ha manifestado que si hubiera intuido siquiera que la ONU no iba a respetar la integridad territorial de Serbia, habría vetado la Resolución

³³ Como señala TAIBO, C., *La desintegración de Yugoslavia*, Madrid 200, p. 96, *las autoridades serbias introdujeron en Kosova un genuino régimen de apartheid a cuyo amparo se verificaron violaciones tan graves como constantes de derechos humanos básicos.*

1244³⁴, que autoriza la administración internacional del territorio. Y es irrelevante a los efectos de considerar aplicable la doctrina de la opresión, incluir los hechos ocurridos con ocasión de la intervención militar de la OTAN y del enfrentamiento entre las fuerzas militares y policiales serbias y el ELK, puesto que basta con aquellos actos discriminatorios para justificarla.

Doce años después, no se justifica, sin embargo, un reconocimiento del ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos, puesto que no existe represión, ni discriminación, de los albanokosovares. Indudablemente la situación de pleno respeto de sus derechos humanos, su no discriminación y el acceso a las instituciones políticas autónomas del territorio ha sido garantizada desde 1999 por la presencia militar de la KFOR y por la administración internacional de la MINUK. Lo qué ocurriría si se reintegrase el territorio kosovar a Serbia quizás nunca lo sepamos. No obstante, Serbia es un Estado democrático, que es parte en el Convenio sobre minorías del Consejo de Europa desde 2001, que ha ofrecido una amplia autonomía política a Kosovo y que está negociando su integración en la Unión Europea, por lo que resulta difícil presumir que se repetirían los actos discriminatorios de otras épocas.

No obstante, razones de índole política, que no jurídica, hacen que una parte importante de la comunidad internacional esté auspiciando, abierta o subrepticamente, la creación de un Estado en Kosovo, sin recurrir siquiera al derecho de libre determinación de los pueblos o parando el reloj en 1999 para justificar su aplicación³⁵.

V. ¿ES KOSOVO UN ESTADO?

Como recuerda el juez Stotnikov en su opinión disidente, las declaraciones de independencia no crean Estados. Sin embargo, sabemos que pueden ser el punto de partida de una serie de hechos más o menos relevantes desde el punto de vista del Derecho internacional que conduzcan a la creación de un nuevo Estado.

Desde la declaración de independencia de 2008, Kosovo ha sido reconocido como Estado por más de setenta países, entre ellos 22 de los 27 miembros de

³⁴ En la votación de la Resolución 1244 hubo catorce votos favorables y una abstención, la de China.

³⁵ Uno de los argumentos expuestos por los representantes kosovares en el procedimiento ante el TIJ es que Serbia ha perdido definitivamente sus derechos soberanos sobre Kosovo con la violación masiva de los derechos humanos de su población hasta 1999. Véase escrito de 17 de abril de 2009, especialmente pp. 156-160. Esta es también la opinión de otros Estados, como Croacia, Países Bajos, Jordania o Dinamarca. En sentido contrario otros, como Rumanía, Rusia o Belarús.

la Unión Europea (todos menos España, Grecia, Rumania, Eslovaquia y Chipre), los demás exyugoslavos menos Serbia, y otros como Estados Unidos, Japón, Canadá, Australia, Turquía, Colombia, Perú o Noruega.

No obstante, el reconocimiento de Estados es un acto político, voluntario y declarativo. Es decir, responde a criterios de oportunidad política, no es obligatorio jurídicamente y no tiene efectos jurídicos constitutivos. Por tanto, el reconocimiento tampoco crea el Estado. Para que un Estado exista tiene que contar con una organización política que administre discrecional y soberanamente -sin injerencias y con exclusividad respecto de otros Estados- una población y un territorio suficientemente determinados. Es una cuestión de efectividad³⁶.

En el caso que nos ocupa, Kosovo tiene un territorio definido de hecho por las fronteras de la antigua provincia serbia, con una población integrada por todos sus habitantes, que están debidamente identificados y que incluye tanto a la mayoría albanesa como a las minorías señaladas al principio. Lo que impide considerar a Kosovo como un Estado es que no cuenta con un gobierno independiente, puesto que, como pone de manifiesto con otro propósito el Tribunal en su dictamen, cuenta con una administración internacional que tutela su organización política provisional, con posibilidad incluso de anular los actos emanados de su Asamblea, su Gobierno y sus tribunales, conforme a las competencias que le atribuye la Resolución 1244.

La cuestión que tampoco nos aclara llegados a este punto el Tribunal de La Haya, es si el reconocimiento efectuado en estos últimos tres años de Kosovo como Estado es prematuro o incluso ilícito. En nuestra opinión se trata, en primer lugar e indudablemente, de un reconocimiento prematuro puesto que todavía, como hemos señalado, no es un Estado. Esta ausencia de constatación de los elementos del Estado es un hecho que no puede considerarse controvertido: los mismos Estados que aprobaron en la ONU la creación de la administración internacional y que la sustentan con sus fuerzas armadas saben perfectamente que en Kosovo no hay todavía un gobierno independiente. El reconocimiento de Estados es un acto libre y discrecional, pero esto no implica –como señalan los profesores Bermejo y Gutiérrez Espada- *que la discrecionalidad del Estado pueda llegar a ser arbitrariedad, tanto para reconocer Estados inexistentes en la realidad, como para no reconocer Estados que cumplen con los requisitos exigidos por el Derecho internacional*³⁷.

³⁶ PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid 2010, pp. 300-302.

³⁷ BERMEJO GARCÍA, R. y GUTIÉRREZ ESPADA, C., *op. cit.*, pp. 34-35. En el mismo sentido, VIRALLY, M., “Panorama du Droit international contemporain”, en *Recueil*

Del mismo modo, en segundo lugar, puede entenderse que el reconocimiento de Kosovo como Estado vulnera directamente tanto la norma imperativa recogida en el Artículo 2.1 de la Carta de las Naciones Unidas por la que se establece el principio de igualdad soberana entre los Estados como la formulada en el Artículo 2.4 por la que se proclama la prohibición del uso de la fuerza contra la integridad territorial de los Estados, y consecuentemente el principio de no intervención consagrado ampliamente en la doctrina y la jurisprudencia internacionales así como en la citada Resolución 2625 de la Asamblea General de 1970. Y esto es así, porque como se ha explicado, todas las resoluciones del Consejo de Seguridad afirman que los Estados Miembros deben respetar la soberanía y la integridad territorial de Serbia.

Lo que nos permite volver a aquel ejemplo que ponía el Tribunal en su Dictamen de 22 de julio de 2010, ya que, como hemos apuntado, el supuesto kosovar no difiere mucho de los ejemplos turcochipriota y serbobosnio. Aunque se pueda discutir doctrinalmente el alcance y consolidación del deber de no reconocimiento de Estados, no plantea dudas la existencia de la obligación general contenida al respecto en la Resolución 2625 según la cual *no se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza*, expuesta también en el Dictamen del Tribunal de La Haya sobre Namibia de 1971³⁸. Y puesto que la sustracción del territorio de Kosovo del Estado serbio fue consecuencia de una intervención militar de la OTAN sin autorización del Consejo de Seguridad y sin estar amparada en ninguna de los supuestos que excepcionan la norma imperativa que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, sólo cabe concluir que tanto una secesión de dicho territorio como el reconocimiento de la entidad estatal subsiguiente son hechos internacionalmente ilícitos.

VI. CONCLUSIONES

Las lecciones yugoslavas en el capítulo de Kosovo son, sin duda, poco ejemplares. Del mismo modo que en la mayor parte de las opiniones consultivas emitidas por el Tribunal de La Haya puede decirse que se contienen importantes contribuciones a la jurisprudencia y a la doctrina internacionalistas, el relativo a la declaración de independencia de Kosovo no pasará a la historia ni a los manuales. El Tribunal ha perdido una magnífica oportunidad no sólo para contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad en esta convulsa región europea, sino también para aclarar una cuestión tan poco definida en el ordenamiento jurídico

des Cours 1983, vol. V, pp. 52 y ss., y VERHOEVEN, J., "La reconnaissance internationale: déclin ou renouveau?", en *AFDI* 1993, pp. 7 y ss.

³⁸ *ICJ Recueil* 1971, p. 58.

internacional como el alcance y los requisitos del derecho de libre determinación de los pueblos diferentes de los sometidos a dominación colonial. Y también podría haber contribuido a consolidar la doctrina sobre la creación de los Estados y sobre su reconocimiento.

Igual que en otros casos el Tribunal Internacional de Justicia ha sido consciente de su incardinación en una organización cuya principal función es el mantenimiento de la paz, y ha contribuido a ello -como, por ejemplo, en los dictámenes sobre Namibia o sobre el muro israelí en Palestina-, esta vez ha huido de sus responsabilidades. La respuesta emitida a la consulta de la Asamblea General, de tantas vueltas que da para no condenar la declaración de los representantes albanokosovares, ha dado alas a sus pretensiones secesionistas y contribuido a crear la convicción en la opinión pública -francamente sin fundamento- de que, no siendo ilícito dicho acto político, la independencia de Kosovo ha sido avalada por las Naciones Unidas.

Lejos de decir esto -aunque sin desmentirlo- el Tribunal de la ONU renuncia a determinar si el pueblo kosovar tiene derecho a su libre determinación, evita manifestarse sobre si hay un supuesto de opresión que permita el ejercicio de este derecho internacional y no se pronuncia sobre la estatalidad de Kosovo después de la declaración de independencia de su Asamblea y el reconocimiento de numerosos Estados, entre ellos la mayoría de la Unión Europea y Estados Unidos.

En nuestra opinión, Kosovo tuvo derecho a ejercer su autodeterminación hace doce años cuando sufrió de las autoridades serbias una sistemática acción represiva manifiestamente discriminatoria. Pero actualmente -gracias a una intervención militar ilícita y a la administración internacional del territorio establecida por las Naciones Unidas- no es así. Y posiblemente, pero nunca podremos comprobarlo, tampoco padecerían los albanokosovares ni esa discriminación ni esa represión en el actual Estado serbio, tan democrático como cualquiera de la región y dispuesto a dotar al territorio de una plena autonomía política. Si la ONU cumpliera los principios básicos establecidos en Rambouillet y en la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad debería obtener de Serbia las garantías constitucionales necesarias para asegurar esa autonomía y debería establecer los mecanismos de supervisión necesarios -incluida una presencia transitoria de observadores civiles- como requisitos previos para la retrocesión de la plena soberanía de Kosovo a dicho Estado. Y debería manifestarse con toda contundencia -como ya hizo en el caso turcochipriota o en el serbobosnio- declarando la ilicitud del reconocimiento de Kosovo como Estado, por haberse segregado de Serbia mediante un uso ilícito de la fuerza y por no cumplir los requisitos para su libre determinación.

De otra forma, Kosovo, que todavía no es un Estado, puesto que no tiene un gobierno independiente, se convertirá en tal con la complicidad de las Naciones Unidas, en franco incumplimiento del Derecho internacional y estableciendo un precedente que en nada contribuye a la paz y la seguridad internacionales.

