

TU QUOQUE, CORTE? LA BANALIZACIÓN DE LOS PODERES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN LA OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE LA CONFORMIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE INDEPENDENCIA RELATIVA A KOSOVO

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS CUESTIONES GENERALES VINCULADAS A LA ACCIÓN EN EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y LA SEGURIDAD PRESENTES EN LA OPINIÓN CONSULTIVA.—2.1. La delimitación de competencias entre el Consejo de Seguridad y la Asamblea General en el mantenimiento de la paz y su repercusión en la oportunidad de emitir la Opinión consultiva.—2.2. El valor obligatorio de las resoluciones del Consejo de Seguridad y su interpretación.—3. LA RESOLUCIÓN 1244 (1999) COMO *LEX SPECIALIS*: RESPETO FORMAL E IRRELEVANCIA MATERIAL.—3.1. La modificación de la pregunta y el orden del análisis como elementos de distorsión.—3.2. La minimización interesada del contenido y alcance de la Resolución 1244 (1999).—3.3. El artificio de la autoría de la DUI: ¿la intención es lo que cuenta?—3.4. La conformidad de la DUI con la Resolución 1244: la construcción de un limbo jurídico favorable para los autores de la DUI.—3.5. La oblicua consideración del silencio institucional.—3.6. Las ambigüedades de la Opinión consultiva en relación con la Resolución 1244 (1999).—4. CONCLUSIÓN: UN EJERCICIO DE FUNAMBULISMO JURÍDICO.

1. INTRODUCCIÓN

1. Con la perspectiva que proporciona el tiempo, los acontecimientos que condujeron a la declaración unilateral de independencia (en adelante, DUI) se presentan como una operación orquestada y dirigida a ejecutar el

designio de convertir a Kosovo en un Estado independiente¹. En esa obra coral han intervenido diversos actores representando papeles variados. Por el camino, se han visto afectados principios esenciales del Derecho internacional y las competencias del Consejo de Seguridad. En particular, la Resolución 1244 (1999), que puso en marcha el régimen de administración internacional más importante de los decididos hasta ahora por el Consejo de Seguridad, ha sido reducida a la categoría de una regulación para una etapa transitoria a la que se puede poner fin mediante una actuación unilateral.

2. Con su Opinión consultiva de 22 de julio de 2010, la CIJ ha venido a unirse al elenco de personajes que han colaborado para alcanzar el fin deseado. El guión de la actuación de la CIJ fue proporcionado por otros intervinientes, los cuales en su participación en el procedimiento suministraron los argumentos necesarios; por su parte, la propia Corte aportó un constructo jurídico que le permitió soslayar las valoraciones negativas de la DUI que de otro modo no hubiera podido evitar. El resultado ha sido una Opinión consultiva artificiosa y de reducida calidad, como señaló el juez B. Simma².

El objeto de esta contribución es analizar el dictamen de la CIJ desde la perspectiva de las competencias del Consejo de Seguridad, ejercidas mediante la Resolución 1244 (1999) y sus normas de desarrollo.

2. LAS CUESTIONES GENERALES VINCULADAS A LA ACCIÓN EN EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y LA SEGURIDAD PRESENTES EN LA OPINIÓN CONSULTIVA

3. Aunque de forma muy genérica, la Corte ha abordado algunos aspectos relacionados con la tarea primordial de las Naciones Unidas y las competencias de sus órganos al respecto que conviene poner de relieve. Así, la Opinión se ocupa de señalar el deslinde en la actuación del Consejo de Seguridad y la Asamblea General, afirma la relevancia del Capítulo VII de la Carta para establecer obligaciones jurídicas, recuerda su propio papel en relación con las resoluciones del Consejo de Seguridad y apunta los criterios de interpretación de estos textos.

2.1. La delimitación de competencias entre el Consejo de Seguridad y la Asamblea General en el mantenimiento de la paz y su repercusión en la oportunidad de emitir la Opinión consultiva

4. Al hilo de la determinación de la competencia y facultad discrecional de la Corte para emitir la Opinión consultiva, la cuestión del reparto de competencias entre el Consejo de Seguridad y la Asamblea en relación con

¹ La existencia de una coordinación es señalada expresamente por el juez Tomka en su Declaración (apartado 32); también fue apuntada por Argentina en su intervención oral ante la CIJ (CR 2009/26, p. 39, apartado 10).

² Declaración, apartado 10.

el mantenimiento de la paz se plantea desde dos dimensiones diferentes. En primer lugar, la CIJ se pronuncia sobre si al estar ocupándose el Consejo de Seguridad de la situación en Kosovo, la solicitud de la Opinión habría excedido las facultades asignadas a la Asamblea General por el art. 12.1 de la Carta y por consiguiente no se encuadra en la autorización concedida por el art. 96.1 de la misma, a lo que responde negativamente, por entender que si bien el art. 12 puede limitar el alcance de las medidas que pueda aprobar la AG después de recibir la opinión de la Corte, esta disposición no limita por sí misma la autorización de solicitar una opinión consultiva contenida en el art. 96.1 de la Carta. En segundo lugar, la Corte valora la oportunidad de emitir la Opinión habida cuenta de que la solicitud partió de la Asamblea y no del Consejo. Para la Corte, este hecho no constituye una razón imperiosa para no hacerlo pues:

«40. Si bien la solicitud hecha a la Corte 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, a que la Corte ya ha hecho referencia, otorgan a la Asamblea General una facultad muy amplia de discutir 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.

41. Además, 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 y observó que sucede con frecuencia que el Consejo de Seguridad tiende a centrarse en los aspectos de dichas cuestiones que se relacionan con la paz y seguridad internacionales y que la Asamblea adopta un enfoque más amplio y considera también sus aspectos humanitarios, sociales y económicos»³.

³ El texto en castellano de la Opinión consultiva que se utiliza en este trabajo es el ofrecido en el documento A/64/881, de 26 de julio de 2010.

5. En definitiva, para la Corte «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».

Este razonamiento de la Corte es aceptable en términos generales, pero desde la perspectiva de la conveniencia de emitir el dictamen solicitado seguramente debería haber sido completado con una valoración del caso concreto pues una cosa es que esté clara la delimitación de las competencias entre los dos órganos y la posibilidad de que ambos las ejerzan en paralelo, y otra la repercusión que pueda tener la Opinión consultiva sobre la posición de un órgano que todavía está ocupándose de la cuestión. La Corte debería haber justificado su decisión a la luz de las circunstancias específicas del asunto, pero no lo ha hecho. Precisamente desde esta óptica, algunos jueces no han compartido la decisión mayoritaria de responder a la cuestión planteada por la Asamblea General. Según Bennouna:

«Il est clair qu'en donnant l'avis consultatif qui lui est demandé, la Cour apprécie, même indirectement, la validité des conclusions du rapport Ahtisaari, rôle qui revient à titre exclusif au Conseil de sécurité, organe politique, investi par la Charte des Nations Unies de la responsabilité principale en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales [...]

Comment, dans ces conditions, la Cour peut-elle se prononcer sur la conformité au droit international de la déclaration d'indépendance du Kosovo, alors qu'une telle appréciation relève du Conseil de sécurité et de lui seul, et que cet organe ne lui a pas demandé son avis à ce sujet?

[...]

La Cour, en effet, ne peut, dans cette affaire, se prononcer sur la légalité de la déclaration d'indépendance sans s'ingérer dans le processus politique de maintien de la paix mis en place par le Conseil de sécurité...»⁴.

También el Vicepresidente Tomka señala la incidencia que la emisión de la Opinión consultiva puede tener sobre la posición del Consejo de Seguridad, pues: «*Through the question put to it by the General Assembly, the Court has become immersed in the disagreements prevailing in the Security Council on this issue, the Council having been still actively seized of the matter but not requesting any advice from the Court*»⁵. Por su parte, Skotnikov se inclina igualmente por hacer uso de la facultad discrecional de no emitir la Opinión, advirtiendo de que nunca antes la Corte se había visto enfrentada a una cuestión planteada por un órgano de Naciones Unidas cuya respuesta depende enteramente de la interpretación de una decisión tomada por otro órgano de la Organización⁶ y señalando que dado el carácter político de la decisión adoptada por el Consejo de Seguridad mediante la Resolución 1244 (1999),

⁴ Opinión disidente, apartados 12, 13 y 16.

⁵ Declaración, apartado 5.

⁶ Opinión disidente, apartado 1.

«when the Court makes a determination as to the compatibility of the UDI with Resolution 1244 [...] without a request from the Council, it substitutes itself for the Security Council»⁷.

2.2. El valor obligatorio de las resoluciones del Consejo de Seguridad y su interpretación

6. Al abordar el análisis de la Resolución 1244 (1999), la Corte recuerda lo que es obvio: que «en el marco jurídico de la Carta de las Naciones Unidas, en particular sobre la base de sus artículos 24 y 25, el Consejo de Seguridad puede aprobar resoluciones por las que se impongan obligaciones de Derecho internacional» y que la «Corte ha tenido oportunidad de interpretar y aplicar resoluciones del Consejo de Seguridad de esa índole en diversas ocasiones y siempre ha considerado que formaban parte del marco de obligaciones con arreglo al Derecho internacional»⁸.

Una de las escasas contribuciones útiles de la Opinión consultiva se encuentra en los elementos de interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad que ofrece. A lo largo del procedimiento, algunos Estados se habían referido a este tema. Así, Austria propuso una interpretación «teleological as well as logical and systematic [...] taking into account the object and purpose of the Resolution [...] In particular, the overall political background as well as the surrounding circumstances of adoption must be taken into account due to the essentially political nature of the Security Council Resolutions»⁹; mientras que Suiza apuntó que: «Les préambules des résolutions de l'ONU posent le cadre d'interprétation des paragraphes du dispositif»¹⁰. Por su parte, la República Checa propuso la aplicación por analogía de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados¹¹; a su vez, Rumanía, al tiempo que invocaba el valor del preámbulo¹², defendió también la aplicación de las reglas de la Convención de Viena, afirmando:

«While the Security Council resolutions are not treaties, still, they come about as a result of the agreement between States and therefore it is clearly reasonable to interpret them according to the rules of interpretation provided for by the Vienna Convention»¹³.

7. La Corte se ocupa del tema de forma fragmentada, enunciando primero una posición general según la cual:

«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 Segu-

⁷ *Ibid.*, apartado 9.

⁸ Apartado 85.

⁹ *Written Statement*, p. 16, apartado 28.

¹⁰ *Exposé écrit*, p. 11, apartado 43.

¹¹ *Written Statement*, pp. 8-9.

¹² *Written Statement*, pp. 8-9, apartados 16-17.

¹³ *Written Statement*, p. 8, apartado 15.

ridad y los tratados obligan a que también se tengan en cuenta otros factores en la interpretación de esas resoluciones. 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. Las resoluciones del Consejo de Seguridad son el resultado del proceso de votación previsto en el art. 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, ICJ Reports 1971, p. 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»¹⁴.

Más adelante, la CIJ vuelve sobre el tema al hilo de la eventual violación de la Resolución 1244 por la declaración unilateral de independencia, afirmando entonces que:

«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»¹⁵.

A este respecto, la Corte trae a colación lo señalado por ella en su Opinión consultiva en el asunto de las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, en el que señaló la importancia del tenor de la Resolución, los debates que condujeron a su aprobación, las disposiciones de la Carta invocadas y cualquier otra circunstancia que pueda ayudar a determinar las consecuencias jurídicas de la Resolución.

De esta forma, la CIJ aporta luz sobre un tema que viene mereciendo atención, sobre todo desde la revitalización del Capítulo VII de la Carta, y lo hace en una línea coincidente con la doctrina, la cual aprecia la utilidad de las reglas consagradas en el Convenio de Viena, pero señala al mismo tiempo la necesidad de tener en cuenta las particularidades que se derivan de la condición de órgano político del Consejo de Seguridad y las diferencias existentes entre un texto convencional y una Resolución¹⁶.

¹⁴ Apartado 94 de la Opinión consultiva.

¹⁵ Apartado 117 de la Opinión consultiva.

¹⁶ Una interesante proyección de las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados a las resoluciones del Consejo de Seguridad es la realizada por Wood, M. C.,

3. LA RESOLUCIÓN 1244 (1999) COMO *LEX SPECIALIS*: RESPECTO FORMAL E IRRELEVANCIA MATERIAL

8. No sin un cierto suspense, pues al entrar en el fondo del asunto la Corte comienza apuntando que examinará la pertinencia jurídica de la Resolución «y determinará si la Resolución crea, en Derecho internacional, normas especiales, y obligaciones, aplicables a las cuestiones suscitadas»¹⁷, después reconoce 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»¹⁸. El carácter de *lex specialis* de la Resolución 1244 no había sido negado por ningún participante en el procedimiento¹⁹ y había sido destacado por varios Estados²⁰; varios jueces también lo han apuntado²¹. Así lo hace Keith:

«Resolution 1244 adopted by the Security Council, the Council's role under it and the role of its subsidiary organ, UNMIK, are the very subject of the inquiry into the conformity of the declaration of independence with the lex specialis in this case—the resolution and the actions taken under it».

Por otra parte, la Corte asume la vigencia de la Resolución 1244, tanto en el momento de la declaración unilateral de independencia como en la actualidad: «ni la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad ni el Marco Constitucional contienen cláusulas que prevean su terminación ni han sido derogados»²². No obstante, este reconocimiento no tiene mayor mérito, pues nadie cuestionaba dicha vigencia, siendo así que la propia declaración unilateral de independencia contiene menciones a la Resolución 1244²³. En todo caso, su condición de instrumento por el que se crean obligaciones internacionales y la constatación de su vigencia llevan a la Corte a estimar que la

«The Interpretation of Security Council Resolutions», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1998, vol. 2, pp. 73-95; véase también ORAKHELASHVILI, A., «The Acts of the Security Council: Meaning and Standards of Review», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2007, vol. 11, pp. 143-195. Una posición de mayor distanciamiento respecto de la Convención de Viena se encuentra en PAPASTAVRIDIS, E., «Interpretation of Security Council Resolutions under Chapter VII in the Aftermath of the Iraqi Crisis», *ICLQ*, 2007, vol. 56, pp. 83-118.

¹⁷ Apartado 78.

¹⁸ Apartado 85.

¹⁹ Así lo señala expresamente la Opinión consultiva: «La Corte observa que ninguno de los participantes ha cuestionado el hecho de que la Resolución 1244 (1999), que trata específicamente de la situación en Kosovo, forma parte del Derecho aplicable en la presente situación» (apartado 85).

²⁰ Según Argentina, la Resolución «UNSCR 1244 (1999) is the specific instrument governing the international legal regime of Kosovo and as such constitutes a fundamental legal instrument with respect to which the accordance or not of the unilateral declaration of independence with international law must be determined» (*Written Statement*, p. 27, apartado 65); Rusia (*Written Statement*, pp. 8-9, apartado 25, también p. 8, apartado 23); España (*Written Statement*, pp. 6-7, apartado 6; p. 14, apartado 19; p. 47, apartado 73).

²¹ Opinión individual, apartado 14; Bennouna (apartado 38 de su Opinión disidente); Koroma (apartado 10 de su Opinión disidente); Skotnikov (apartado 17 de su Opinión disidente).

²² Apartado 91.

²³ Véanse los apartados 5 y 12 de la DUI.

Resolución 1244 forma parte «del Derecho internacional que debe tomarse en consideración para responder a la cuestión planteada»²⁴.

9. En este contexto, la Opinión consultiva resuelve la cuestión de la naturaleza jurídica del Marco Constitucional, del que —en su afán por evitar una constatación de violación por parte de la DUI— diversos Estados habían mantenido que se trataba de Derecho interno. Los esfuerzos más significativos por desarrollar esta argumentación correspondieron a los Estados Unidos y al Reino Unido. El primero de estos Estados, en sus observaciones escritas, afirmaba:

*«UNMIK regulations had the character of domestic law, such that the failure to comply with them would not in any event have constituted a violation of international law»*²⁵ [...]

*«The Constitutional Framework, like the other regulations that UNMIK adopted, was designed to operate as domestic law, not international law. That fact is critical for purposes of this case because the question referred to the Court is whether the declaration of independence “is in accordance with international law”»*²⁶.

Lo que reitera en su intervención oral ante la Corte:

*«Finally, even assuming for the sake of argument that the Declaration did somehow violate the Constitutional Framework, that Framework, like other regulations adopted by UNMIK, operated as domestic, not international, law. We have previously demonstrated that UNMIK regulations must be domestic law because they operated at the domestic level, replace existing laws, and regulate local matters. In these proceedings Serbia has conceded the accuracy of this point, but argued that UNMIK rules somehow constitute international law because they were issued by the Security Council, an international authority. But just because the Security Council authorized UNMIK to establish Kosovo’s domestic law did not automatically convert that domestic law into international law. For example, an automobile driver in Kosovo might violate a speed limit in an UNMIK traffic regulation, but he surely does not violate international law simply because the entity that promulgated the law against speeding was created by an international body»*²⁷.

El Reino Unido también había contribuido al intento de rebajar el rango de las normas adoptadas por los órganos competentes del régimen internacional de administración del territorio. En sus observaciones escritas, apuntaba:

«The argument that the Declaration of Independence exceeded the competences of the PISG, and therefore violated international law, assumes that an act ultra vires the 2001 Constitutional Framework would be a violation of international law. But the 2001 Constitutional Framework is a municipal instrument. Thus, for example, the question of whether any law adopted by the Assembly was incompatible with the 2001 Constitutional Framework would fall to be decided by a Special Chamber of the Supreme Court. In certain circumstances, the SRSG might determine that an act of the Assembly went outside the scope of the 2001 Constitutional

²⁴ Apartado 93.

²⁵ *Written Comments*, p. 37.

²⁶ *Ibid.*, p. 39.

²⁷ *Oral Statement*, CR 2009/30, pp. 35-36, apartado 33.

Framework. However, in doing so, the SRSB might be applying the 2001 Constitutional Framework by reference to its terms or, separately, Resolution 1244 (1999). The 2001 Constitutional Framework would not, in such circumstances, be applied as an international instrument governed by international law, breach of which was cognisable as a breach of international law»²⁸.

La CIJ no ha compartido esta posición:

«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, en particular sus párrafos 6, 10 y 11, y por tanto, en última instancia, la Carta de las Naciones Unidas. La fuerza obligatoria del Marco Constitucional se deriva del carácter vinculante de la Resolución 1244 (1999) y, por tanto, del Derecho internacional. En ese sentido, reviste, por tanto, carácter jurídico internacional.

La Corte observa 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 únicamente 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»²⁹.

Para el juez Yusuf, «*The Constitutional Framework enacted by the SRSB is not part of international law*»³⁰, lo que explica de la manera siguiente:

«This statement confuses the source of the authority for the promulgation of Kosovo regulations and the nature of the regulations themselves. International administrations have to act in a dual capacity when exercising regulatory authority. Although they act under the authority of international institutions such as the United Nations, the regulations they adopt belong to the domestic legal order of the territory under international administration. The legislative powers vested in the SRSB in Kosovo under Resolution 1244 are not for the enactment of international legal rules and principles, but to legislate for Kosovo and establish laws and regulations which are exclusively applicable at the domestic level. The fact that the exercise of legislative functions by the SRSB may be subject to the control of international law, or that they may have been derived from authority conferred upon him by a resolution of the Security Council does not qualify these regulations as rules of international law for the purposes of the question put to the Court by the General Assembly»³¹.

10. No obstante, cabe entender que si bien es cierto que el ámbito de aplicación de tales normas se circunscribe al territorio de que se trate, ello no obsta al carácter internacional de esa normativa. Como señala C. Stahn, sin perjuicio de su función reguladora en el ámbito interno del territorio administrado internacionalmente:

«Regulatory acts of international administrations are typically international acts which form part of the internal legal order of the organization or the legal per-

²⁸ *Written Comments*, p. 15, apartado 32.

²⁹ Apartados 88 y 89 de la Opinión consultiva.

³⁰ Opinión individual, apartado 20.

³¹ Opinión individual, apartado 18.

son that established the respective administration. In that context, they derive their international character as public acts from the quality of their author. Regulations adopted by UNMIK [...] within the course of their administration are, for instance, formally international legal Acts of subsidiary organs of the Security Council within the meaning of the Article 29 of the UN Charter»³².

Según la CIJ, el Marco Constitucional comparte con la Resolución 1244 la vigencia al tiempo en que se produce la DUI y en el presente. Ahora bien, la consideración de la aplicabilidad específica y de la vigencia de ambos textos —y por tanto el respeto formal de la Resolución 1244— va acompañada de la disociación respecto de los hechos, en particular de la DUI. En efecto, partiendo de un enfoque objetivo, no cabe duda de que la pregunta formulada por la Asamblea General y los hechos que la motivaron colocaban la cuestión en el centro del sistema de seguridad colectiva de la Carta y obligaban a analizarla a la luz de las competencias del Consejo de Seguridad. Como apunta Bennouna, «*ce qui est en jeu c'est l'exercice de ses pouvoirs par un organe politique des Nations Unies, le Conseil de sécurité*»³³; asimismo, el juez Keith señala el papel central del Consejo de Seguridad en relación con la cuestión planteada³⁴. Sin embargo, la Corte desactiva los efectos de la Resolución 1244 (1999) por varias vías, que analizaremos seguidamente.

3.1. La modificación de la pregunta y el orden del análisis como elementos de distorsión

11. En su Declaración, el Vicepresidente Tomka centra con acierto el contenido de la cuestión:

«To answer the question put to the Court requires not only to interpret Security Council Resolution 1244 but also to make a determination whether an act adopted by the institutions of Kosovo, which has been put under a régime of international territorial administration, is or is not in conformity with the legal framework applicable to and governing that régime, i. e., Security Council Resolution 1244 and the measures adopted thereunder»³⁵.

También con razón, el juez Bennouna ha considerado que

«la réponse à cette question ne peut se limiter à l'analyse de la déclaration, en tant qu'acte formel, la Cour doit nécessairement examiner son contenu et sa portée, ainsi que les circonstances dans lesquelles elle a été adoptée»³⁶.

³² STAHN, C., *The Law and Practice of International Territorial Administration. Versailles to Iraq and Beyond*, Cambridge University Press, 2008, p. 650.

³³ Opinión disidente, apartado 14. Algún Estado también advirtió de la trascendencia del tema; por ejemplo, Argentina afirmó que «*The very credibility of this system is at stake*» (*Written Statement*, p. 46, apartado 120), e incluso que «*La déclaration unilatérale sape ainsi les bases mêmes de la compétence de l'organe qui a adopté la résolution, et par là même l'ensemble du système de sécurité collective*» (*Exposé oral*, pp. 37-38, apartado 8).

³⁴ Opinión individual, apartado 17.

³⁵ Apartado 3 de la Declaración.

³⁶ Opinión disidente, apartado 8.

12. Pero la reformulación de la pregunta efectuada por la CIJ, mediante la cual en realidad sustituye la cuestión planteada por otra³⁷, contribuye a soslayar la incidencia de la Resolución 1244. Esto sucede tanto por la sustitución en la autoría de la DUI que la Corte lleva a cabo como por los aspectos cuyo examen descarta; en particular, en lo que atañe a esta segunda dimensión, cuando la Corte decide que «no se pregunta sobre las consecuencias jurídicas de esa declaración»³⁸ y que «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»³⁹.

Por ello, es comprensible que Sepúlveda-Amor opine que:

*«The Court, in its Advisory Opinion, could have taken a broader perspective in order to provide a more comprehensive response to the request by the General Assembly. A number of important legal issues should not have been ignored»*⁴⁰.

Al respecto, el juez asume en este punto y cita la posición de España, según la cual la CIJ no respondería apropiadamente a la cuestión planteada si no tomara en consideración dos elementos: en primer lugar, el hecho de que el objetivo de la declaración unilateral de independencia es la creación de un nuevo Estado separado de Serbia; en segundo lugar, el hecho de que la declaración se adoptó en detrimento del régimen internacional de administración establecido por el Consejo de Seguridad⁴¹. Ni estas cuestiones ni otras vinculadas al contenido de la Resolución 1244, como el sentido de las referencias hechas en ella a la integridad territorial de Serbia, la necesidad o no de que el Consejo de Seguridad endosase la solución respecto al estatuto definitivo de Kosovo, el significado y exigencias del arreglo político previsto en la Resolución, etc., han sido abordadas por la CIJ.

13. Desde la óptica de la técnica de análisis, la Corte ha optado por centrarse primero en el Derecho internacional general y pasar después al examen a la luz de la Resolución 1244 y del Marco Constitucional. Ciertamente, éste ha sido el orden seguido por la mayoría de los intervinientes en el procedimiento, pero el fugitivo enfoque adoptado por la Corte mueve a reflexionar sobre lo acertado de este planteamiento, del que ha discrepado el juez Bennouna apoyándose en el Informe de la CDI sobre la fragmentación del Derecho internacional y estimando que la CIJ «*devrait normalement se pencher d'abord sur la lex specialis applicable (sois le droit des Nations Unies) avant de s'interroger sur la conformité de la déclaration au droit international general*»⁴². También, el juez Koroma apunta que «*this Court has, first and foremost, to*

³⁷ Así lo considera el juez Koroma en su Opinión disidente (apartado 3). Según Bennouna, en relación con la pregunta la Corte «*s'est crue autorisée néanmoins à modifier l'intitulé de celle-ci, au point d'en bouleverser le sens et la portée*» (Opinión disidente, apartado 27), de manera que ha acabado respondiendo «*à une question qu'elle a elle-même, au préalable, calibrée, pour entrer dans un certain moule*» (*ibid.*, apartado 35).

³⁸ Apartado 51.

³⁹ Apartado 56.

⁴⁰ Opinión individual, apartado 33.

⁴¹ Intervención oral del Reino de España, CR 2009/30, p. 11, apartado 17.

⁴² Opinión disidente, apartado 38.

*interpret and to apply Resolution 1244 (1999), both as international law and as lex specialis, to the matter before it. Only after this must the Court consider the other mandatory rules of international law»*⁴³. En efecto, la conclusión alcanzada en la primera parte del análisis contribuye a desnaturalizar la cuestión y facilita el falaz resultado de la segunda parte.

3.2. La minimización interesada del contenido y alcance de la Resolución 1244 (1999)

14. El detallado enunciado de los elementos generales de interpretación de las resoluciones sólo tiene como consecuencia, en el caso concreto, que la Corte indica que deben tenerse en cuenta los principios generales contenidos en los anexos 1 y 2 de la Resolución 1244 así como el preámbulo⁴⁴. Sin más aprovechamiento de su propia doctrina, procede a determinar el objeto y el fin de la Resolución 1244, para lo cual destaca tres características de este texto. En primer lugar, el establecimiento de la presencia civil y de seguridad articulada mediante la UNMIK tuvo por efecto el establecimiento de una administración internacional del territorio que «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»⁴⁵.

En segundo lugar, «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»⁴⁶. Para la CIJ:

«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»⁴⁷.

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»⁴⁸. La conclusión es 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»⁴⁹.

⁴³ Apartado 10 de su Opinión disidente.

⁴⁴ Apartado 95 de la Opinión consultiva.

⁴⁵ Apartado 97 de la Opinión consultiva.

⁴⁶ Apartado 98 de la Opinión consultiva.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Apartado 99 de la Opinión consultiva.

⁴⁹ Apartado 100 de la Opinión consultiva.

15. Es difícil evitar la opinión de que una Resolución de tanta trascendencia en la historia de la aplicación del Capítulo VII de la Carta resulta empobrecida por medio del resumen simplificado ofrecido por la Corte, en el que se obvian los poderes de las autoridades de la administración civil internacional y la subordinación a ellas de las instituciones provisionales de autogobierno.

Al mismo tiempo, la CIJ resalta los aspectos de la Resolución 1244 que le resultan convenientes para su trama argumental: que la Resolución «no contenía ninguna disposición que se ocupara del estatuto definitivo de Kosovo o de las condiciones para alcanzarlo» y 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»⁵⁰.

3.3. El artificio de la autoría de la DUI: ¿la intención es lo que cuenta?

16. La pieza central para soslayar la valoración de la DUI a la luz de la Resolución 1244 y el Marco Constitucional es articulada por la CIJ mediante el recurso a un subterfugio que seguramente pasará a la historia de los engendros judiciales. Como es sabido, consiste en desvirtuar la identidad de los autores de la DUI, considerando que sus autores:

«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»⁵¹.

Diversos Estados habían abierto el camino para llegar a esta insólita afirmación. Así, Austria había apuntado que:

«The Declaration was signed by the President of Kosovo, the Assembly President, the Prime Minister of Kosovo (who also presented the Declaration) and the 109 elected members present. As indicated by this method of adoption, the members present at its Special Session did not formally act as the Assembly forming part of the PISG, but as representatives of the Kosovar people. Precisely for this purpose the text of the Declaration refers to "we, the democratically-elected leaders of our people" as the signatories of the Declaration. Despite the adoption by a vote of the members of the Assembly, it is the signature of the Declaration that demonstrates externally that the will of the Kosovar people is expressed. Elections regularly held since 2001 and open to the entire population of Kosovo entitle the members of the Assembly to act as representatives of the Kosovar people. Acting in this capacity, the signatories are not bound by Resolution 1244. The signatories as representatives of the Kosovar people are not an entity created by Resolution 1244 and as such do not exercise competences derived from this Resolution. In the same vein,

⁵⁰ Apartado 114 de la Opinión consultiva. También recuerda que «esa Resolución simplemente obligaba a la MINUK a facilitar la solución negociada deseada para el estatuto futuro de Kosovo, sin prejuzgar el resultado del proceso de negociación» (apartado 99).

⁵¹ Apartado 109 de la Opinión consultiva.

*the conduct of the signatories acting in their capacity as representatives of the Kosovo people is not governed by international law as they are not acting as subjects of international law»*⁵².

En la misma dirección, se había dicho también que los autores de la declaración unilateral de independencia estaban actuando «*not as pouvoir constitué but as pouvoir constituant*»⁵³. En su intervención oral, Argentina había salido al paso de esta ficción:

*«Conscients du caractère ouvertement contraire de la déclaration unilatérale au droit de la Charte, ses auteurs et les Etats qui les soutiennent ont prétendu que cette déclaration n'avait pas été adoptée par les institutions provisoires. C'est nier l'évidence même. Mais cette prétention peut aisément être réfutée; c'est l'Assemblée générale qui a elle-même déterminé, dans la question posée à la Cour, qui en sont les auteurs: ce sont les institutions provisoires d'administration autonome. Lors des débats et après le vote de la demande d'avis consultatif, aucun État —je dis bien: aucun État— n'avait même soulevé la question. Pourquoi les États qui avancent aujourd'hui cet argument n'ont-ils pas indiqué à l'Assemblée générale que la question était erronée et qu'il n'aurait pas fallu mentionner comme auteurs les institutions provisoires d'autonomie ? La réponse est simple: parce qu'ils savaient tous que c'étaient bien ces organes-là qui avaient adopté la déclaration. Personne à l'époque ne songeait à cet argument inventé de toutes pièces au cours de la présente procédure»*⁵⁴.

17. Sin embargo, la Corte no ha dudado en apoyar esta hipócrita posición. Al ocuparse del alcance y significado de la cuestión planteada por la Asamblea General, ya apunta que «la identidad de los autores de la declaración de independencia [...] es un aspecto que puede afectar la respuesta a la cuestión de si la declaración se ajusta o no al Derecho internacional»⁵⁵, advirtiendo de que: «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»⁵⁶, de forma que: «Al evaluar si la declaración de

⁵² *Written Statement*, p. 10, apartado 16. En términos sustancialmente coincidentes se han manifestado Albania (*Written Statement*, p. 52, apartados 103-104), Alemania (*Written Statement*, pp. 6-7), Estonia (*Written Statement*, pp. 3-4), Noruega (*Written Statement*, pp. 6-7, apartados 13-15), Polonia (*Written Statement*, p. 19, apartado 3.41), Reino Unido (*Written Statement*, pp. 23 y 70, apartados 1.12 y 4.5) y, por supuesto, los autores de la declaración unilateral de independencia (*Written Statement*, pp. 113-115, apartados 6.13-6.20). El argumento reaparece en las observaciones escritas: Suiza (*Observations Écrites*, p. 2, apartado 3), Estados Unidos (*Written Comments*, pp. 37-38), Reino Unido (*Written Comments*, p. 12, apartados 24-25). El análisis de los documentos presentados por los Estados participantes en el procedimiento pone de relieve no obstante cierta incoherencia en lo que respecta a las autoridades kosovares; por ejemplo, en la carta dirigida por el presidente de Kosovo al presidente de Alemania solicitando el reconocimiento, aquél afirma que «*You will know that on 17 February, 2008 the Assembly of Kosovo declared Kosovo's independence*» (Alemania, *Written Statement*, annex 2).

⁵³ Alemania, *Written Comments*, p. 7. La misma expresión es utilizada por Finlandia en su intervención oral (CR 2009/30, p. 55, apartado 9). Un estudio sobre el significado y uso de este tipo de términos se encuentra en OKLOPCIC, Z., «*Populus Interruptus: Self-Determination, the Independence of Kosovo, and the Vocabulary of Peoplehood*», *Leiden Journal of International Law*, 2009, vol. 22, pp. 677-702.

⁵⁴ CR 2009/26, pp. 38-39, apartado 9.

⁵⁵ Apartado 52 de la Opinión consultiva.

⁵⁶ *Ibid.*

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»⁵⁷. Tras este aviso para navegantes, la Corte se despeña por una insostenible interpretación en la que no tiene reparo en negar la evidencia. Así, pese a reconocer 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 CIJ prefiere adivinar la intención de los autores de la DUI, entendiendo que «no pretendían actuar dentro del marco normal del autogobierno provisional de Kosovo» y que «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»⁵⁸. En esta tarea, a la Corte le resulta de mucha utilidad el texto en albanés de la DUI, además de conceder relevancia a cuestiones de procedimiento o de forma⁵⁹.

En esta línea, el hecho de que en la DUI se afirme que se asumen los compromisos internacionales de Kosovo le sirve igualmente para confirmar que no eran las instituciones provisionales de autogobierno y que los autores de la DUI no estaban actuando dentro del ordenamiento jurídico creado para la fase provisional, puesto que según el Marco Constitucional la competencia en materia de relaciones exteriores le corresponde al Representante Especial del Secretario General⁶⁰. A la Corte no se le ocurre pensar que esa atribución de poderes puede tratarse simplemente de un acto *ultra vires*⁶¹.

En definitiva, como afirma el juez Tomka, la conclusión alcanzada por la CIJ «*is nothing more than a post hoc intellectual construct*»⁶². Para huir de la valoración de la DUI a la luz de la Resolución 1244 y evitar tener que llegar a

⁵⁷ Apartado 54 de la Opinión consultiva.

⁵⁸ Apartado 105 de la Opinión consultiva.

⁵⁹ Apartado 107 de la Opinión consultiva. En su Opinión individual, el juez Sepúlveda-Amor rebate la forzada interpretación y niega relevancia a los datos esgrimidos por la CIJ (véanse los apartados 24-31 de dicha Opinión individual). También lo hace el juez Bennouna: valorando los elementos tomados en consideración por la CIJ, llega a la conclusión de que: «*Si on suivait jusqu'au but un tel raisonnement, il suffirait, en quelque sorte, de se mettre hors la loi pour ne plus avoir à respecter la loi*» (apartado 46). Para Skotnikov, «*the authors of the UDI are being allowed by the majority to circumvent the Constitutional Framework created pursuant the resolution 1244, simply on the basis of a claim that they acted outside this Framework [...] The majority, unfortunately, does not explain the difference between acting outside the legal order and violating it*» (Opinión disidente, apartado 15). Según Koroma: «*Relying on such intent leads to absurd results, as any given group [...] could circumvent international norms specifically targeting them by claim to have reorganized themselves under another name*» (Opinión disidente, apartado 5).

⁶⁰ Apartado 106 de la Opinión consultiva.

⁶¹ Como dice Bennouna: «*En droit, il ne suffit pas pour une institution d'adopter un acte qui excède ses compétences (ultra vires) pour que le lien juridique entre cette institution et l'acte en question soit rompu. Dans un tel cas, l'institution doit être considérée comme ayant enfreint le cadre légal qui la justifie et la légitime*» (Opinión disidente, apartado 44).

⁶² Apartado 12 de su Declaración.

la indeseada conclusión de que se trataba de un acto *ultra vires*⁶³, la opinión mayoritaria evita este resultado mediante una suerte de «*judicial sleight-of-hand*»⁶⁴. En palabras de Bennouna:

«*La démonstration de la Cour, tendant à laver la déclaration de tout soupçon d'illégalité par rapport au droit des Nations Unies, a consisté à la détacher de l'institution (l'Assemblée)*»⁶⁵.

En definitiva, la Corte está amparando abiertamente una ficción conforme a la cual un órgano establecido para garantizar una autonomía sustancial de gobierno se puede convertir, de forma unilateral y mediante un ejercicio de transformismo político, en un poder constituyente y de esta forma escapar de las normas aplicables⁶⁶.

3.4. La conformidad de la DUI con la Resolución 1244: la construcción de un limbo jurídico favorable para los autores de la DUI

18. Convenientemente preparado el escenario mediante la tergiversación de la autoría, la CIJ reincide en la minimización de la Resolución 1244, reiterando que su objetivo esencial era crear un régimen provisional para Kosovo con miras a encauzar el proceso político a largo plazo para establecer su estatuto definitivo, sin contener ninguna disposición que se ocupara del estatuto definitivo de Kosovo o de las condiciones para alcanzarlo; además, el Consejo de Seguridad no se reservó la decisión definitiva sobre la situación en Kosovo y guardó silencio sobre las condiciones para el estatuto definitivo

⁶³ En palabras del juez Sepúlveda, «*the Court should have concluded that, linguistic and procedural peculiarities aside, the Assembly of Kosovo did indeed the DoI of 17 February 2008 in the name of the people of Kosovo. As a result, the Court should have proceeded to assess the legality of that declaration by reference to Security Council Resolution 1244 (1999) and the Constitutional Framework*» (Opinión individual, apartado 32). Según MUHARREMI, R.: «*If the ICJ had come to the conclusion that it was the PISG which had declared independence, it would have been impossible to come to a conclusion other than that the PISG had violated its competences under the Constitutional Framework, which would also mean a violation of international law*» («A Note on the ICJ Advisory Opinion on Kosovo», *German Law Journal*, 2010, vol. 11, núm. 08, p. 872).

⁶⁴ Expresión utilizada por el juez Koroma en el apartado 19 de su Opinión disidente.

⁶⁵ Apartado 46 de su Opinión disidente. Visto el resultado, la cuestión de la oportunidad de emitir o no la Opinión consultiva refuerza su sentido; así lo plantea Bennouna, habida cuenta de que «*l'Assemblée générale n'attend pas de la Cour qu'elle lui donne son avis juridique sur une question qu'elle ne lui a pas posée, à savoir la déclaration émise par une centaine de personnes, sans lien avec l'organisation universelle*» (apartado 32 de su Opinión disidente).

⁶⁶ Como señala CIRKOVIC, E., «*The Court [...] does not specify within which legal framework they were acting. It appears that the drafters of the declaration thus were simultaneously acting outside of an organ of which they were part, and as 'representatives of the people of Kosovo'*» («An Analysis of the ICJ Advisory Opinion on Kosovo's Unilateral Declaration of Independence», *German Law Journal*, 2010, vol. 11, núm. 08, p. 904). El juez Koroma ha expresado su alarma por las eventuales consecuencias de la posición adoptada por la CIJ: «*Indeed, it amounts to nothing less than announcing to any and all dissident groups around the world that they are free to circumvent international law simply by acting in a certain way and crafting a unilateral declaration of independence, using certain terms. The Court's Opinion will serve as a guide and instruction manual for secessionist groups the world over, and the stability of international law will be severely undermined*» (Opinión disidente, apartado 4).

de Kosovo⁶⁷. Al mismo tiempo, restringe el ámbito de los destinatarios de la Resolución, entendiendo que «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»⁶⁸, mientras que sólo menciona expresamente a otros actores cuando exige el fin de las acciones armadas, la desmilitarización y la cooperación con el TPI para la antigua Yugoslavia, de forma que: «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»⁶⁹.

19. Con este planteamiento reduccionista y sesgado de la Resolución 1244, la Corte no tiene inconveniente en decir que «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»⁷⁰. Todo lo anterior la lleva a afirmar que:

«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»⁷¹.

En realidad, para afirmar la violación de la Resolución 1244 la Corte pide lo imposible: que la propia Resolución hubiera señalado como destinatarios a un innominado grupo de personas y que expresamente hubiera contemplado y prohibido la DUI⁷². Es decir, exige del Consejo de Seguridad un poder imposible de previsión y de anticipación. Por otra parte, la CIJ reduce el examen de la conformidad de la DUI con la Resolución a la cuestión de si hay o no prohibición, sin analizar la declaración a la luz del régimen de administración internacional establecido por la Resolución 1244 y sin determinar si éste admite una actuación unilateral que *de facto* pone fin al proceso político previsto.

⁶⁷ Apartado 114 de la Opinión consultiva.

⁶⁸ Apartado 115 de la Opinión consultiva.

⁶⁹ *Ibid.* En este punto, la Corte contrasta la Resolución 1244 con resoluciones anteriores sobre Kosovo, en las que el Consejo de Seguridad se dirigía a los líderes albano-kosovares, sin tener en cuenta que tales resoluciones fueron adoptadas durante el conflicto, por lo que es lógico que el Consejo de Seguridad se dirigiera a las partes implicadas, mientras que en el momento de la adopción de la 1244 la situación de violencia había cesado y de lo que se trataba era de establecer el régimen internacional de administración.

⁷⁰ Apartado 118 de la Opinión consultiva.

⁷¹ Apartado 119 de la Opinión consultiva.

⁷² Refiriéndose a la ausencia de prohibición de la DUI en la Resolución 1244, afirmada por la CIJ Bennouna señala: «*Et pour cause, puisque les institutions provisoires n'avaient pas encore été créés et que les auteurs en question ne pouvaient encore être identifiés. Le problème, en réalité, n'est pas, à ce stade, de savoir si la Résolution 1244 a entendu imposer une interdiction d'agir aux auteurs de la déclaration d'indépendance, mais seulement de rappeler le caractère obligatoire de ce texte qui s'impose aux institutions futures*» (apartado 61 de su Opinión disidente).

20. El examen de la conformidad de la DUI con el Marco Constitucional sigue el mismo camino: como la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 no fue adoptada por las instituciones provisionales de auto-gobierno, y tampoco era un acto destinado a surtir efectos, o que los surtiera realmente, en el ordenamiento jurídico en que operaban esas instituciones provisionales, resulta 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»⁷³.

Al delimitar de esta forma el ámbito de aplicación *ratione personae* de la Resolución 1244 y del Marco Constitucional, la CIJ abre una incógnita sobre el ordenamiento jurídico en el que se mueven los autores de la DUI⁷⁴. No es de extrañar que alguno se haya preguntado:

«But has the ICJ, by its reasoning, not done a disservice to the cause of the Albanian Kosovars? The ICJ emphasizes that the authors did not act in the function for which they were elected. What, then, is the basis of their legitimacy? The ICJ's opinion seems to drive them into a shadowy, non-official area. What is it that distinguishes them from any market assembly?»⁷⁵.

21. En su pirueta argumental, la CIJ asume sin cuestionar el contenido de la DUI y la integra en el proceso de determinación del estatuto final. En efecto, enlaza con naturalidad el hecho de que «la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad no fijó los límites específicos del proceso relativo al estatuto definitivo, y menos aún su resultado»⁷⁶ con el dato de que en el preámbulo de la DUI sus autores constatan el fracaso de las negociaciones y hagan hincapié en su determinación de alcanzar una solución respecto al estatuto de Kosovo⁷⁷, para acabar afirmando sin empacho alguno que «la declaración de independencia era un intento de fijar de manera definitiva el estatuto de Kosovo»⁷⁸. Incluso empareja la Resolución y la DUI, aclarando que «ambos instrumentos operaban a distinto nivel»⁷⁹, esto es, la primera sólo establecía un régimen transitorio mientras que la segunda se vincula con la solución final, y esto pese a que la Resolución 1244 emana del Consejo de Seguridad mientras que la DUI proviene de un —por así decir— espontáneo grupo de personas preocupadas por el futuro de Kosovo.

⁷³ Apartado 121 de la Opinión consultiva.

⁷⁴ Así se lo pregunta Bennouna: «*Mais alors de quel ordre juridique relevaient les auteurs et la déclaration elle-même?*», para recordar a continuación que todos los habitantes de Kosovo estaban sometidos al ordenamiento jurídico establecido por el Reglamento 1999/1 de la MINUK y a los poderes del Representante Especial del Secretario General (apartado 64 de su Opinión disidente).

⁷⁵ BOTHE, M., «Kosovo - So What? The Holding of the International Court of Justice is not the Last Word on Kosovo's Independence», *German Law Journal*, 2010, vol. 11, núm. 08, p. 838.

⁷⁶ Apartado 104 de la Opinión consultiva.

⁷⁷ Véase apartado 105 de la Opinión consultiva.

⁷⁸ Apartado 114 de la Opinión consultiva.

⁷⁹ *Ibid.*

3.5. La oblicua consideración del silencio institucional

22. La ausencia de reacción del Consejo de Seguridad, así como del Secretario General y su Representante Especial, fue un argumento invocado por la mayoría de los Estados que apoyaban la conformidad de la DUI con el Derecho internacional. Valga como ejemplo la posición de Francia:

«L'absence de toute condamnation émanant de l'un quelconque des organes des Nations Unies dans la cas de la déclaration d'indépendance de Kosovo confirme a contrario que ceux-ci n'ont manifestement pas tenu celle-ci comme impliquant une violation du droit international ou comme mettant en danger la paix et la sécurité internationales.

L'abstention des organes des Nations Unies est encore plus significative à la lumière des pouvoirs particuliers dont il disposait le Conseil de sécurité, comme la Chef de la MINUK, de condamner toute atteinte aux principes découlant de la Résolution 1244 (1999).

S'il avait estimé la déclaration d'indépendance contraire à la Résolution 1244 (1999), le Conseil de sécurité, juge du respect de ses propres résolutions, aurait évidemment eu compétence pour en condamner les termes. Le Conseil n'a pas hésité, dans le passé, à exercer cette compétence»⁸⁰.

Por el contrario, varios de los Estados que sostenían la posición contraria negaron que del silencio de los órganos de Naciones Unidas se pudiera deducir su aquiescencia. En su intervención oral, España afirmó que:

«Une "non-decision" ne peut être confondue avec une décision quelconque, encore moins avec une décision valide pour modifier ou priver de valeur juridique une mesure préalablement adoptée par le Conseil de sécurité dans le même domaine»⁸¹.

Para España, *«le silence ne peut avoir d'autre effet que d'exprimer l'absence de consensus parmi les États membres du Conseil de sécurité»⁸²*. Algunos jueces han expresado ideas similares. Refiriéndose al Consejo de Seguridad, Tomka advierte que *«its silence cannot be interpreted as implying the tacit approval of, or acquiescence with, the act adopted on 17 February 2008»⁸³*; a su vez, según Bennouna:

«La situation de blocage, à un moment donné, du Conseil de sécurité, ne peut justifier les actes unilatéraux ou les faits accomplis de la part de l'une ou de l'autre des parties, ni leur approbation tacite. La non-prise de décision par le Conseil, du

⁸⁰ *Exposé écrit*, p. 64, apartados 2.72 y 2.74. De modo similar se expresaron Albania (*Written Statement*, apartado 100), Alemania (*Written Statement*, p. 42), Austria (*Written Statement*, pp. 23-24, apartado 41), Estados Unidos (*Written Statement*, pp. 84-88), Luxemburgo (*Exposé écrit*, apartado 25), República Checa (*Written Statement*, p. 11), Reino Unido (*Written Statement*, pp. 106-107, apartados 6.16-6.17), autores de la DUI (*Written Contribution of the authors of the unilateral declaration of independence*, pp. 171-177, apartados 9.20-9.28). El argumento se reiteró en las intervenciones orales: Alemania (*Oral Statement*, CR 2009/26, pp. 28-29), Estados Unidos (*Oral Statement*, CR 2009/30, p. 36), Francia (*Exposé oral*, CR 2009/31, p. 24), Reino Unido (*Oral Statement*, CR 2009/32, p. 45), autores de la DUI (*Oral Statement*, CR 2009/25, pp. 60-61).

⁸¹ CR 2009/30, p. 20, apartado 48.

⁸² *Ibid.*, pp. 20-21, apartado 51. Otros Estados que se alinearon en esta dirección fueron Rumanía (*Exposé oral*, CR 2009/32, p. 25) y Serbia (*Oral Statement*, CR 2009/24, pp. 60-61).

⁸³ Apartado 4 de su Declaración.

fait du droit de veto de l'un des membres permanents, est prévue par la Charte. Son effet juridique s'arrête là ; l'absence d'action est un acte politique en soi» ⁸⁴.

23. La Corte esquiva la cuestión abordándola de una manera oblicua, únicamente para apuntalar su posición sobre la autoría de la DUI:

«El silencio del Representante Especial del Secretario General ante la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 sugiere que éste 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*» ⁸⁵.

Pero como apunta el juez Tomka:

«One is left with the impression that the Special Representative remained silent this time as he knew well the effort to implement, to the extent possible, the unendorsed Ahtisaari plan through the declaration adopted by Kosovo Assembly in coordination with many of the countries most closely involved in stabilizing the Balkans» ⁸⁶.

3.6. Las ambigüedades de la Opinión consultiva en relación con la Resolución 1244 (1999)

24. Algunas cuestiones relativas al contenido y alcance de la Resolución 1244 han estado presentes con especial intensidad en las posiciones de los participantes en el procedimiento: la exigencia o no de una ulterior decisión del Consejo de Seguridad sobre el estatuto final de Kosovo, el significado de la expresión «solución política» recogida en el texto de la Resolución ⁸⁷, o la trascendencia de las referencias a la integridad territorial hechas en el texto. Sin embargo, la Corte se ha mantenido en una aproximación epidérmica a la Resolución, sin pronunciarse sobre estos aspectos, que todo lo más se limita a apuntar.

En efecto, por lo que se refiere al cierre del proceso, la CIJ indica ambiguamente que: «Si bien al aprobarse la Resolución se pensaba que el estatuto definitivo de Kosovo se derivaría del marco establecido por ésta y se elaboraría dentro de él, la Resolución 1244 (1999) [...] no fijó los límites específicos del proceso relativo al estatuto definitivo, y menos aún su resultado» ⁸⁸. La

⁸⁴ Apartado 57 de su Opinión disidente.

⁸⁵ Apartado 108 de la Opinión consultiva. Dicho esto, la CIJ reconoce que en el Informe del Secretario General presentado al Consejo de Seguridad el 28 de marzo de 2008 se señala que la «Asamblea de Kosovo» había aprobado una declaración de independencia, pero le resta importancia diciendo que se trataba del informe periódico ordinario sobre las actividades de la UNMIK y su finalidad no era «realizar un análisis jurídico de la declaración o de la calidad en que habían actuado quienes la habían aprobado» (*ibid.*).

⁸⁶ Apartado 34 de su Declaración.

⁸⁷ Las posiciones de los participantes en el procedimiento sobre estos dos aspectos se encuentran resumidas en los apartados 111 y 112 de la Opinión consultiva.

⁸⁸ Apartado 104 de la Opinión consultiva. Previamente había aludido a «la solución negociada deseada» (apartado 99).

quiebra en esta argumentación es evidente, pues la Corte no explica por qué no se han cumplido las previsiones de la Resolución ni valora ese incumplimiento, escudándose en el carácter abierto del proceso, que no había sido negado por nadie⁸⁹.

En cuanto al requerimiento de un arreglo entre las partes para alcanzar la solución definitiva, la única alusión que hace la Corte es al hilo de su afirmación de que la Resolución 1244 no prohíbe la proclamación de la independencia y la hace de la manera siguiente:

«La frase “solución política”, citada a menudo en el presente procedimiento, 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»⁹⁰.

De nuevo, los jueces aportan más juicios sobre el tema. Para Tomka:

«*The notion of a “final settlement” cannot mean anything else than the resolution of the dispute between the parties (i. e., the Belgrade authorities and the Pristina authorities), either by an agreement reached between them or by a decision of an organ having competence to do so. But the notion of a settlement is clearly incompatible with the unilateral step-taking by one of the parties aiming at the resolution of the dispute against the will of the other*»⁹¹.

En la misma línea, Koroma señala:

«*The reference to a future “settlement” of the conflict, in my view, excludes the making of the unilateral declaration of independence. By definition, “settlement” in this context contemplates a resolution brought about by negotiation*»⁹².

Por lo que atañe a la integridad territorial, tras señalar las referencias que aparecen en la Resolución 1244⁹³, la CIJ llega a indicar que «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»⁹⁴, pero la deriva hacia los derroteros de la autoría de la DUI permite a la Corte librarse de las consecuencias de esa constatación, a pesar de la atención que el principio de integridad territorial había merecido en las posiciones de los participantes en el asunto⁹⁵.

⁸⁹ Sobre la característica del proceso para determinar el estatuto final de Kosovo como un proceso abierto, puede verse la posición de España (*Written Statement*, pp. 47-55, apartados 73-86).

⁹⁰ Apartado 118 de la Opinión consultiva.

⁹¹ Apartado 28 de su Declaración.

⁹² Apartado 16 de su Opinión disidente. También apunta: «*that resolution calls for a negotiated settlement, meaning the agreement of all parties concerned with regard to the final status of Kosovo, which the authors of the declaration of independence have circumvented*» (apartado 11).

⁹³ Véase el apartado 95 de la Opinión consultiva.

⁹⁴ Apartado 98 de la Opinión consultiva.

⁹⁵ Centrándonos sólo en las interpretaciones de este principio tal como se recoge en la Resolución 1244, cabe recordar que mientras para unos Estados sólo era de aplicación durante el periodo transitorio, para otros su consagración impedía la DUI. La primera de estas posiciones fue sostenida

4. CONCLUSIÓN: UN EJERCICIO DE FUNAMBULISMO JURÍDICO

25. En su Opinión consultiva sobre la conformidad con el Derecho internacional de la declaración de independencia relativa a Kosovo, la CIJ ha llevado a cabo un ejercicio de funambulismo jurídico en el que ha esquivado el fondo de la cuestión planteada, vinculado a los poderes del Consejo de Seguridad derivados del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. La práctica del escapismo le ha permitido a la Corte escabullirse del verdadero contenido de la pregunta planteada por la Asamblea General: el análisis de una declaración de independencia concreta adoptada en un contexto determinado, durante la vigencia de un régimen de administración internacional.

La Corte consigue ese objetivo mediante una modificación de la cuestión planteada y una operación de reducción al absurdo mediante la que distorsiona la naturaleza de los autores de la DUI que le permite alcanzar la conclusión de no violación del Derecho internacional. Este forzado modo de proceder, acompañado de una débil argumentación jurídica, deja una inevitable sensación de orientación política que hace un flaco servicio a la función judicial.

Como señala el vicepresidente Tomka:

*«The Court, as the principal judicial organ of the United Nations [...] is supposed to uphold the respect for the rules and mechanisms set in the Charter and the decisions adopted thereunder. The legal regime governing the international territorial administration of Kosovo by the United Nations remained, on 17 February 2008, unchanged. What certainly evolved were the political situation and realities in Kosovo. The majority deemed preferable to take into account these political developments and realities, rather than the strict requirement of respect for such rules, thus trespassing the limits of judicial restraint»*⁹⁶.

No obstante, el principal damnificado es el Consejo de Seguridad, pues la Corte admite que se termine un régimen de administración internacional mediante una declaración unilateral de independencia proclamada por un conjunto de personas que se atribuyen la representación del pueblo de Kosovo. De esta forma, en su pirueta para evitar una valoración de ilegalidad, la CIJ acaba abriendo la puerta a la actuación de grupos no estatales, a los que exime de la aplicación de las normas internacionales al tiempo que admite que pueden poner fin a un régimen establecido por una Resolución del órgano que tiene las principales competencias en el mantenimiento de la paz y la

entre otros por Alemania (*Written Statement*, p. 38), Estados Unidos (*Written Statement*, pp. 69-78; *Oral Statement*, p. 27), Reino Unido (*Oral Statement*, p. 39) y los autores de la DUI (*Written Statement*, pp. 177-181, apartados 9.29-9.36). Entre los defensores de la segunda se encuentran Argentina (*Written Statement*, pp. 28-32, apartados 69-82; p. 47, apartados 121-122; *Exposé oral*, CR 2009/26, pp. 40-41), China (*Oral Statement*, CR 2009/29, pp. 29-31), Brasil (*Oral Statement*, CR 2009/28, pp. 15-18), España (*Written Statement*, pp. 24-27; *Exposé oral*, CR 2009/30, p. 14), Rumanía (*Oral Statement*, CR 2009/32, p. 22), Rusia (*Written Statement*, pp. 20-22; *Oral Statement*, CR 2009/30, pp. 46-48) y por supuesto Serbia (*Written Statement*, p. 169, *Oral Statement*, CR 2009/24, pp. 68-69).

⁹⁶ Apartado 35 de su Declaración.

seguridad internacionales, con el único requisito de que tengan la intención de actuar en pro de los deseos del pueblo. El resultado es una banalización de los poderes del Consejo de Seguridad, que tras endosar la situación creada por la intervención de la OTAN en 1999 acaba siendo sobrepasado cuando algunos Estados deciden llevar a la práctica la solución predeterminada por ellos. Ya estábamos acostumbrados a que esto suceda, lo que no esperábamos es que la Corte colaborara en esta tarea.

RESUMEN

TU QUOQUE, CORTE? LA BANALIZACIÓN DE LOS PODERES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN LA OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE LA CONFORMIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE INDEPENDENCIA RELATIVA A KOSOVO

La pregunta planteada por la Asamblea General sobre la conformidad con el Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo situaba a la CIJ ante cuestiones nucleares en relación con los poderes del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, ejercidos en el caso de Kosovo mediante la Resolución 1244 (1999). La Corte reconoce la vigencia de esta Resolución y su condición de *lex specialis*, pero relativiza su contenido; por otra parte, la CIJ desvirtúa la identidad de los autores de la Declaración y los excluye del ámbito de aplicación de la Resolución. Mediante estas operaciones, la Corte consigue afirmar que no ha habido vulneración del Derecho internacional, pero lo logra mediante una construcción jurídica artificiosa y a costa de dejar sin resolver los aspectos principales del caso. El resultado es negativo para el prestigio de la función judicial y, sobre todo, para el Consejo de Seguridad, cuya competencia se ve de nuevo postergada por una acción unilateral pero esta vez con la anuencia de la CIJ.

Palabras clave: mantenimiento de la paz y la seguridad, poderes del Consejo de Seguridad, pertinencia jurídica de la Resolución 1244 (1999), régimen de administración internacional, interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad.

ABSTRACT

TU QUOQUE, COURT? THE BANALIZATION OF THE POWERS OF THE SECURITY COUNCIL IN THE ADVISORY OPINION ON THE ACCORDANCE WITH INTERNATIONAL LAW OF THE UNILATERAL DECLARATION OF INDEPENDENCE IN KOSOVO

The question raised by the General Assembly regarding the compliance of the unilateral declaration of independence of Kosovo with International Law highlights the essential issues for the International Court of Justice concerning the powers of the Security Council in the maintenance of international peace and security, already exercised with respect to Kosovo in Resolution 1244 (1999). The Court acknowledges that the Resolution is binding as well as its nature as *lex specialis*, but also relativizes its content. However, the ICJ distorts the identity of the authors of the declaration and excludes them from the scope of application of the resolution. As a consequence, the Court is in a position to declare that international law has not been breached, but only by using an artificial legal construction and by leaving the main issue of the case unresolved. The result is detrimental to the prestige of the judicial powers and, above all, to the Security Council, whose competences are again challenged by a unilateral action, this time with consent of the ICJ.

Keywords: maintenance of international peace and security, Security Council's powers, legal relevance of Resolution 1244 (1999), interim international territorial administration, interpretation of Security Council resolutions.

RÉSUMÉ

TU QUOQUE, COUR? BANALISATION DES POUVOIRS DU CONSEIL DE SÉCURITÉ
SUR L'AVIS CONSULTATIF QUANT A LA CONFORMITÉ AVEC LE DROIT
INTERNATIONAL DE LA DÉCLARATION UNILATÉRALE D'INDÉPENDANCE
RELATIVE AU KOSOVO

La question soumise à la CIJ pour avis consultatif par l'Assemblée générale sur la conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo plaçait la Cour face aux questions nucléaires qui concernent les pouvoirs du Conseil de Sécurité dans le maintien de la paix et de la sécurité, pouvoirs exercés au Kosovo sous la Résolution 1244 (1999). Dans son avis, la Cour reconnaît la validité de la résolution et sa nature de *lex specialis*, mais aux dépens de la relativisation de son contenu; d'autre part, la CIJ fausse l'identité des auteurs de la déclaration et, en estimant qu'ils ont agi hors du cadre de l'administration provisoire, les exclut du champ d'application de la résolution. Grâce à ces arguments, la Cour conclut que la déclaration n'a violé aucune règle applicable du Droit international mais utilisé le biais d'une construction juridique artificielle et au détriment de laisser en suspens les principaux aspects de l'affaire. Le résultat est négatif pour la réputation de la magistrature et en particulier pour le statut du Conseil de Sécurité, dont la compétence a été une fois de plus reléguée par une action unilatérale, mais cette fois-ci avec le consentement de la CIJ.

Mots clés: maintien de la paix et de la sécurité, pouvoirs du Conseil de Sécurité, pertinence juridique de la Résolution 1244 (1999), régime international d'administration intérimaire, interprétation des résolutions del Conseil de Sécurité.