

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
FACULTAT DE DRET



UNIVERSITAT
DE VALÈNCIA

DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y POLÍTICA
PROGRAMA DE DOCTORADO
'SOSTENIBILIDAD Y PAZ EN LA ERA POSGLOBAL'

TESIS DOCTORAL

**LA INDEPENDENCIA DE KOSOVO COMO
PARADIGMA DE LA INDEFINICIÓN ACTUAL
DEL DERECHO DE LIBRE DETERMINACIÓN
DE LOS PUEBLOS**

Presentada por

ANA MARÍA JIMÉNEZ MOLINER

DIRIGIDA POR

PROF. DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ

VALENCIA, 2019

INDICE

INTRODUCCIÓN: OBJETO, METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA.....	15
a) Objeto de la tesis y actualidad del tema	18
b) Metodología y estructura.....	24
c) Agradecimientos	27
CAPÍTULO PRIMERO	29
PRESUPUESTOS HISTÓRICO POLÍTICOS PARA UN ANÁLISIS DE LA INDEPENDENCIA DE KOSOVO	29
1. LA DENOMINACIÓN DEL TERRITORIO.....	30
1.1. Aspectos demográficos	31
1.2. Algunos datos sobre su economía	34
2. CONTEXTO HISTÓRICO DEL CONFLICTO DE KOSOVO	36
2.1. Las guerras balcánicas.....	37
2.2. La Primera Guerra Mundial.....	38
2.3. La Segunda Guerra Mundial.....	40
2.4. Kosovo durante el régimen de Tito.....	41
2.5. La década de los ochenta y la desintegración yugoslava.....	43
2.6. Kosovo durante el régimen de Milošević	44
3. LA GUERRA DE KOSOVO Y LA INTERVENCIÓN DE LA OTAN.....	47
3.1. La Resolución 1199 (1998) del Consejo de Seguridad.....	50
3.2. La Conferencia de Rambouillet	55
3.3. La acción militar de la OTAN y su cuestionada legitimidad.....	64
4. LA RESOLUCIÓN 1244 (1999) Y LA ADMINISTRACIÓN INTERNACIONAL DE KOSOVO	71

5. EL DEBATE SOBRE EL FUTURO ESTATUS DE KOSOVO	79
5.1. Un nuevo estatuto de autonomía para Kosovo	79
5.2. La integración de Kosovo en una nueva 'Yugoslavia federal'	81
5.3. La partición étnica de Kosovo	83
5.4. La posible 'independencia bajo tutela internacional' de Kosovo.....	86
6. EL 'INFORME AHTISAARI'	88
6.1. El contenido del plan.....	89
6.2. El calendario de puesta en marcha del Plan.....	95
6.3. Posiciones enfrentadas sobre el Plan	96
6.4. Las negociaciones posteriores y la creación de EULEX.....	99
7. LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE KOSOVO	103
8. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE KOSOVO	112
9. LA UNIÓN EUROPEA ANTE LA INDEPENDENCIA DE KOSOVO.....	120
9.1. La UE y su primaria defensa de la integridad territorial de Serbia	121
9.2. La ambigüedad de la UE ante la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo.....	124
9.3. La Unión Europea y la tesis del ' <i>caso sui generis</i> ' para Kosovo	128
9.4. El reconocimiento implícito de Kosovo por la UE.....	132
CAPÍTULO SEGUNDO.....	137
APROXIMACIÓN IUSFILOSOFICA AL DERECHO DE LIBRE DETERMINACIÓN: ¿ES UN DERECHO HUMANO DE TITULARIDAD COLECTIVA?	137
1. ¿ES LA AUTODETERMINACIÓN UN DERECHO HUMANO?	139
1.1. Presupuestos para aproximarse al concepto de derechos humanos	140
1.2. La ineludible conexión entre los derechos humanos y la dignidad	145
1.3. La <i>transversalidad</i> del concepto de derechos humanos	148

1.4.	Derechos humanos y derechos fundamentales	151
1.5.	Concepto y concepciones de los derechos humanos	155
1.6.	Aproximación al concepto de derechos humanos.....	157
1.7.	Autodeterminación y fundamentación positivista de los derechos humanos..	168
1.8.	Autodeterminación y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos	171
1.9.	La universalidad de los derechos humanos	175
1.10.	La inviolabilidad de los derechos humanos.....	194
1.11.	La inalienabilidad de los derechos humanos	196
1.12.	La indivisibilidad de los derechos humanos	202
1.13.	Los derechos sociales, económicos y culturales.....	205
1.14.	Los derechos de la 'tercera generación'	211
1.15.	Autodeterminación y proceso de especificación de los derechos	214
2.	DIFICULTADES PARA CALIFICAR LA AUTODETERMINACIÓN COMO UN DERECHO HUMANO	218
2.1.	Autodeterminación y positivación de los derechos	218
2.2.	Autodeterminación y universalidad de los derechos.....	221
2.3.	Autodeterminación y titularidad colectiva de los derechos	226
2.4.	Autodeterminación y carácter difuso de los grupos y sus derechos	232
3.	LA AUTODETERMINACIÓN COMO DERECHO COLECTIVO.....	237
3.1.	La pluralidad cultural como fundamento de los derechos colectivos	238
3.2.	El doble origen nacional y étnico de la pluriculturalidad.....	240
3.3.	Identidad, diversidad cultural y derechos colectivos	248
3.4.	Pluriculturalidad y ciudadanía.....	258
4.	EL CONCEPTO DE 'DERECHOS COLECTIVOS'	267

4.1.	Algunas precisiones conceptuales.....	269
4.2.	El debate filosófico individualidad-socialidad	271
4.3.	Teorías justificadoras de los derechos colectivos	275
4.4.	El problema de los sujetos colectivos	282
5.	CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	297
CAPITULO TERCERO		305
PUEBLOS, NACIONES Y ESTADOS ANTE EL DERECHO A LA LIBRE		
DETERMINACIÓN		305
1.	APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE 'PUEBLO'	306
1.1.	El pueblo como entidad jurídico-política	308
1.2.	El pueblo como unidad cultural	309
1.3.	El pueblo como masa popular	310
1.4.	Otras concepciones actuales.....	311
2.	APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE 'NACIÓN'	315
2.1.	Un grupo social integrado culturalmente	317
2.2.	Una experiencia histórica común.....	318
2.3.	Autonomía funcional interior y exterior.....	319
2.4.	Identificación de lo personal y lo nacional: la identidad.....	320
2.5.	La comunidad de destino	322
3.	LAS DENOMINADAS 'MINORÍAS NACIONALES'	325
4.	APROXIMACIÓN A LA IDEA DE ESTADO-NACIÓN.....	330
5.	CONEXIONES ENTRE LOS CONCEPTOS DE PUEBLO, NACIÓN Y ESTADO	335
6.	NACIONES Y NACIONALISMO	344
7.	IDENTIDAD NACIONAL FRENTE A HOMOGENEIZACIÓN ESTATAL	353
8.	LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS COMO DERECHO	359

8.1. Configuración jurídica de la libre determinación de los pueblos y su desarrollo por la ONU	362
8.2. El derecho de autodeterminación en la Carta de la ONU	366
8.3. El desarrollo del derecho de autodeterminación en las resoluciones de la Asamblea General.....	369
9. ¿ES KOSOVO UN ‘PUEBLO’ TITULAR DEL DERECHO DE LIBRE DETERMINACIÓN?	408
10. ¿PODÍA EJERCITAR EL PUEBLO DE KOSOVO EL DERECHO DE LIBRE DETERMINACIÓN?	414
11. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	417
CAPÍTULO CUARTO.....	425
EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN Y LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE KOSOVO: EL DICTAMEN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA	425
1. LA POSICIÓN DE SERBIA ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA	432
2. DECLARACIÓN DE LA REPÚBLICA DE KOSOVO ANTE LA CORTE.....	446
3. LA DECLARACIÓN DE ESPAÑA ANTE LA CORTE	457
4. SOBRE LA COMPETENCIA DE LA CORTE Y LA OPORTUNIDAD DE EMITIR UNA OPINIÓN	465
4.1. Afirmación de la competencia.....	466
4.2. Sobre la facultad discrecional.....	470
4.3. Las objeciones extralegales planteadas por los Estados	471
4.4. La distribución interna de competencias dentro de Naciones Unidas	474
4.5. La opinión de los jueces discrepantes	479
4.6. Valoración de los argumentos de la Corte	484

5. ALCANCE Y SIGNIFICADO DE LA CUESTIÓN PLANTEADA POR LA ASAMBLEA GENERAL	485
5.1. Fijación del contenido de la cuestión.....	486
5.2. Las opiniones de los jueces discrepantes	491
6. CONFORMIDAD DE LA DUI CON EL DERECHO INTERNACIONAL.....	496
6.1. Conformidad con el Derecho internacional general	496
6.2. La Resolución 1244 (1999) y el 'Marco Constitucional' creado a su amparo	500
6.3. Opiniones de los jueces discrepantes.....	514
6.4. Opiniones separadas (parcialmente disidentes) de otros magistrados	527
7. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	548
CAPÍTULO QUINTO	559
ANÁLISIS CRÍTICO DE LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE KOSOVO	559
1. SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR LOS ESTADOS PARTICIPANTES EN EL PROCEDIMIENTO.....	560
1.1. Argumentación de los Estados que reconocieron la independencia de Kosovo	561
1.2. Posición de los Estados que no reconocieron la independencia de Kosovo..	564
2. LAS 'SIGNIFICATIVAS DISTINCIONES' REALIZADAS POR LA CORTE.....	568
2.1. ¿Era competente la Corte para conocer del asunto de Kosovo?	571
2.2. ¿Era conveniente que la Corte emitiera la opinión consultiva o existían razones poderosas para no hacerlo?	577
2.3. ¿Aplicó realmente la Corte el principio del <i>caso Lotus</i> de 1927?	579
2.4. ¿Podía la Corte modificar la pregunta planteada por la Asamblea General?.	584

2.5.	¿Quiénes fueron realmente los autores de la DUI?.....	594
2.6.	¿Era lógico concluir que la DUI no vulneraba ninguna norma de Derecho internacional?	601
2.7.	¿En qué situación jurídica quedaba Kosovo tras la decisión de la Corte?.....	604
2.8.	La violación de derechos humanos, la ' <i>cláusula de salvaguardia</i> ' y la teoría de la ' <i>secesión remedio</i> '.....	607
2.9.	¿Cumplía Kosovo los criterios para su reconocimiento como Estado?.....	619
3.	LA POSICIÓN DE ESPAÑA EN EL PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE	624
3.1.	Posición respecto de la competencia de la Corte	626
3.2.	Posición respecto del alcance de la pregunta	628
3.3.	Posición respecto de los principios relevantes de Derecho internacional.....	631
3.4.	Posición respecto del ejercicio del derecho de autodeterminación.....	634
4.	CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	637
	CAPÍTULO SEXTO	649
	AUTODETERMINACION Y EMOCIONES POLÍTICAS:.....	649
	LA INFLUENCIA DEL ' <i>HATE SPEECH</i> ' (DISCURSO DEL ODI) EN EL CASO DE KOSOVO	649
1.	EL PODER DE LAS EMOCIONES POLÍTICAS.....	652
1.1.	Las emociones en el ámbito público	657
1.2.	La guerra como ámbito privilegiado de las emociones políticas.....	667
2.	LA DECISIVA INFLUENCIA DE LAS EMOCIONES EN EL CONFLICTO DE LOS BALCANES	677
2.1.	El ' <i>narcisismo de la diferencia menor</i> '	678
2.2.	El avance de la ' <i>paranoia emocional</i> '	683
3.	PARANOIA EMOCIONAL Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN: EL ' <i>HATE SPEECH</i> '	687

3.1.	Influencia de los medios de comunicación en el conflicto balcánico.....	690
3.2.	El denominado ' <i>hate speech</i> ' (discurso del odio).....	706
3.3.	<i>Hate speech</i> en los Balcanes: un paradigma.....	717
4.	LOS MEDIOS EN LA GÉNESIS DEL CONFLICTO DE KOSOVO	721
4.1.	Los medios y la reivindicación de la ' <i>Gran Serbia</i> '.....	721
4.2.	Los medios de comunicación en Kosovo antes del conflicto.....	724
5.	LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DURANTE EL CONFLICTO DE KOSOVO	
	726	
5.1.	Sectarización de los medios al comienzo del conflicto.....	727
5.2.	Control de los medios durante la intervención de la OTAN.....	729
5.3.	Supervisión de los medios durante la administración UNMIK.....	731
5.4.	El papel de los medios en la ' <i>crisis</i> ' de marzo de 2004.....	737
6.	LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN KOSOVO TRAS LOS INCIDENTES DE	
	2004.....	740
6.1.	Reformas de las leyes reguladoras de los medios	741
6.2.	Proyectos de monitorización de los medios por ONGs.....	743
7.	LOS MEDIOS Y SU APORTACIÓN A LA PAZ. PARADOJAS Y	
	CONCLUSIONES.....	746
7.1.	¿Se debe prohibir el ' <i>hate speech</i> ' en los medios?	747
7.2.	¿Juegan los medios un papel relevante en la <i>solución</i> de conflictos?	749
7.2.1.	¿Juegan los medios un papel relevante en la <i>prevención</i> de conflictos? ...	
	752
8.	CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	756
	CONCLUSIONES GENERALES	765
	BIBLIOGRAFÍA.....	787
	INFORMES.....	832

RESOLUCIONES INTERNACIONALES	834
------------------------------------	-----

INTRODUCCIÓN: OBJETO, METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA

Uno de los capítulos no concluidos del proceso de desintegración de la antigua Yugoslavia, iniciado en 1990, es el relativo al territorio de Kosovo. Cuando finalizaron los conflictos armados en la antigua República Federativa 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, de Bosnia-Herzegovina y de Macedonia. La inicial Unión Estatal de Serbia y Montenegro, se disolvió en 2006, dando lugar a las Repúblicas de Serbia y de Montenegro. El único territorio que, a fecha de hoy, aún no ha consolidado su estatus internacional como nuevo Estado es la auto-proclamada y auto-constituida República de Kosovo¹.

¹ De estos seis nuevos Estados surgidos de los conflictos yugoslavos, 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 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 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

El 17 de febrero del pasado año 2018, se cumplieron diez años desde que el parlamento de la provincia federada de Kosovo, integrada en la República de Serbia, declarara su independencia, con voluntad de constituir un nuevo Estado, desatando con ello uno de los más encarnizados debates políticos y jurídicos en el ámbito internacional y, de manera especial, en el seno de la Unión Europea, donde una mayoría de países lo han reconocido como tal, pero otros –entre los que se encuentra España- se niegan a hacerlo. Ese debate, que todavía hoy permanece abierto, ha puesto en evidencia las profundas oscuridades e incertidumbres que presenta el ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos cuando se produce o se pretende fuera del contexto colonial².

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 1992. 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 otros- han ingresado como tales en la Organización de las Naciones Unidas. Todos ellos coinciden, junto con Serbia, con las repúblicas federadas de la Constitución yugoslava de 1974. Las otras 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.

² Hasta la fecha, 112 miembros de la ONU han reconocido la independencia, entre los cuales se encuentran los siguientes países miembros o alineados detrás de la OTAN: Estados Unidos de América (EUA), Gran Bretaña, Francia, Alemania, Turquía, Arabia Saudita, Australia, etc. En contraposición importantes potencias militares y económicas como China, Rusia, la India, Irán y Brasil se han negado a reconocerlo. La Unión Europea adoptó, al día siguiente de la declaración de independencia de los albanokosovares, una resolución conjunta que calificaba a Kosovo como un "caso único", y dejaba a cada país miembro, "según sus prácticas nacionales y sus reglas jurídicas", la libertad de decidir sobre el reconocimiento o no de la independencia de la antigua provincia serbia.

Por otra parte, el año próximo se cumplirán también diez años desde que, el 22 de julio de 2010, la 'Corte Internacional de Justicia' (el Tribunal de la Haya) emitió su dictamen (*Opinión Consultiva*) sobre la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo, a requerimiento de la Asamblea General de la ONU. Su dictamen, lejos de clarificar el enrevesado panorama jurídico internacional, decidió eludir el tema fundamental de la controversia: ¿constituía la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo (DUI) un ejercicio legítimo del derecho de libre determinación de los pueblos? En lugar de afrontar directamente la cuestión y aportar una valiosa doctrina sobre tan difuso tema en el Derecho internacional público, valiéndose de hábiles triquiñuelas argumentales e interpretativas, concluyó afirmando que la DUI de Kosovo no era contraria al Derecho internacional, dado que este cuerpo jurídico no contiene entre sus principios estructurales prohibición alguna al respecto. Las durísimas críticas que la *Opinión Consultiva* de la Corte recibió desde la práctica totalidad de las instancias académicas especializadas la sitúan como una ineludible referencia, a juzgar por los innumerables análisis de que ha sido objeto en estos años.

Transcurrido este tiempo, la ONU continúa guardando silencio respecto del reconocimiento y aceptación de Kosovo en su seno como nuevo Estado³. La UNMIK continúa teniendo presencia en el territorio. Oficialmente, la administración internacional no ha concluido y la situación de facto se ha ido estabilizando, con el apoyo de los países que han reconocido la nueva República de Kosovo (en particular los Estados Unidos) y con la oposición de aquellos que no la reconocen, entre ellos y muy destacadamente España, en el seno de la UE.

³ El 14 de julio de 2011, solo cinco días después de su declaración de independencia, Sudán del Sur deviene miembro de las Naciones Unidas. A diferencia de lo acontecido con Kosovo, Sudán del Sur fue recibido con los brazos abiertos por la Comunidad internacional.

a) Objeto de la tesis y actualidad del tema

El objeto de esta tesis consiste en analizar, desde una perspectiva iusfilosófica, la naturaleza del derecho a la libre determinación de los pueblos, para determinar si procede calificarlo como un auténtico derecho humano de naturaleza colectiva y para contestar a la cuestión que la Corte Internacional de Justicia decidió eludir; es decir, si la Declaración Unilateral de Independencia, aprobada y proclamada por el parlamento kosovar en febrero de 2008, constituyó, o no, un ejercicio legítimo del derecho a la libre determinación de los pueblos, entendido como un derecho irrenunciable de titularidad colectiva, que correspondería a la población kosovar, en tanto que ‘pueblo’ con voluntad de ejercerlo para acceder a la estatalidad, justificando así la secesión del territorio y su población de la República de Serbia.

La situación de Kosovo y su actual *impasse* internacional constituyen un auténtico paradigma sobre la preocupante indefinición que afecta al derecho de libre determinación de los pueblos. En efecto, reconocer legitimidad a un eventual ejercicio de este derecho, fuera del ámbito colonial, generaría consecuencias imprevisibles, puesto que supondría avalar la tensión desintegradora en todos aquellos Estados con territorios que reivindican la secesión. Resulta evidente que ese temor ha estado presente en las instancias internacionales implicadas en el asunto de Kosovo –la Corte Internacional de Justicia y la ONU– para que no hayan querido pronunciarse reconociendo a Kosovo como nuevo Estado, pero hayan permitido que, con su silencio, se consolidara una independencia *de facto*, más justificada por los antecedentes de graves violaciones de derechos humanos sobre la población kosovar, por parte de los anteriores mandatarios serbios, que por reconocer la legitimidad de la secesión de Kosovo, basada en el ejercicio del derecho de

autodeterminación, expresamente excluida de la legalidad entonces vigente en Kosovo, representada por la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y por el denominado Marco Constitucional.

Desde un punto de vista técnico jurídico, la decisión de la Corte Internacional de Justicia resultó tan absolutamente impecable como prescindible: el Derecho internacional público no prohíbe ni permite expresamente este tipo de Declaraciones de Independencia; pero no era eso, obviamente, lo que se esperaba y se solicitaba de la Corte, y por eso los más destacados especialistas en la materia tacharon su decisión casi de 'tomadura de pelo'. Y es que, en efecto, cualquier entidad puede declarar sobre sí misma lo que estime oportuno, pero solo adquiere un estatus real como Estado cuando es reconocida como tal por el resto de Estados en el contexto internacional. En ese sentido, la *Declaración Unilateral de Independencia* realizada por el parlamento Kosovar, afirmando la secesión del territorio frente a la República de Serbia, en principio y por sí misma, no obligaba a los Estados a reconocerla, ni generaba en Kosovo un derecho a ser reconocido como Estado, a menos que se reconociera que esa DUI representaba el legítimo ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos. En ese caso, si efectivamente se hubiera tratado del ejercicio de un derecho fundamental, reconocido en los dos Pactos Internacionales de la ONU, entonces sí generaría en la comunidad internacional la obligación de reconocimiento de la secesión y del nuevo Estado kosovar. Precisamente por eso, como es bien sabido, todas las instancias internacionales implicadas se han cuidado muy mucho de afirmar que sea eso lo que se produjo con la DUI de Kosovo y mantienen un clamoroso silencio.

Esa es la razón por la cual el debate jurídico continúa vivo: existen argumentos fundados para descartar que se haya tratado de un caso de

ejercicio del derecho de autodeterminación, tal y como afirman los Estados que no reconocen la secesión, reivindicando la vigencia del principio de integridad territorial, y existen también argumentos que permiten justificar la tesis contraria. En otras palabras, la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (que representaba la legalidad vigente en el territorio) no autorizaba expresamente la secesión; sin embargo, el denominado '*Plan Ahtisaari*' (informe final del enviado especial del Secretario General de Naciones Unidas) daba por sentado la inviabilidad de que Kosovo volviera a estar bajo la autoridad de Serbia y no contemplaba otra solución real al conflicto que la independencia del territorio.

Pero la cuestión central de este asunto es justamente la que no se ha querido plantear por parte de las instancias internacionales y la que nos proponemos analizar aquí: ¿representa la DUI de Kosovo un supuesto de ejercicio del derecho de autodeterminación? En efecto, quienes a lo largo del proceso descartaron la legitimidad de la secesión no lo hicieron analizando las características del derecho de libre determinación para evidenciar que no se había ejercitado (o que no podía ejercerse), se limitaron a argumentar que, fuera de los pueblos colonizados, el Derecho internacional y su dilatada doctrina al respecto, excluye la secesión. Por otro lado, quienes han reconocido a Kosovo como nuevo Estado, tampoco han apelado expresamente a que se haya producido un ejercicio de ese derecho, sino que han invocado la doctrina del *-caso sui generis-* y el supuesto de una '*secesión-remedio*', como única respuesta posible a las graves violaciones de derechos humanos sufridas en su momento por los kosovares. Así pues, el Derecho internacional se ha tropezado aquí con una enorme piedra de toque, una profunda laguna normativa que impide dilucidar si, a día de hoy, resulta posible invocar el derecho de libre determinación de los pueblos para legitimar

internacionalmente la secesión de un territorio frente al Estado en el que está integrado. La Corte Internacional de Justicia dejó pasar la histórica oportunidad de pronunciarse al respecto.

A esa indefinición jurídica contribuye, además, el silencio de Naciones Unidas y del Consejo de Seguridad, que, once años después de la DUI, todavía no se han manifestado respecto al reconocimiento de Kosovo como nuevo Estado. De ahí que haya sido la política internacional la que ha ido promoviendo ese reconocimiento en función de los intereses particulares de cada Estado. Ciertamente, a día de hoy no existe norma alguna de Derecho internacional que obligue (o impida) el reconocimiento de Kosovo por parte de terceros Estados y, precisamente por eso, tampoco Kosovo puede exigir su reconocimiento internacional, a partir de su declaración de independencia (porque no está claro que surja del ejercicio del derecho de autodeterminación). Pero, evidentemente, para los Estados que lo han reconocido (112 hasta finales de 2018) Kosovo sí se ha convertido ya en Estado y así se relacionan con él; y conforme pasa el tiempo esa situación se consolida cada vez más, con independencia de que persista la impugnación serbia sobre la ilegalidad de la secesión y de que haya otros países (los menos, entre ellos España) que no lo reconozcan como Estado⁴.

⁴ Desgraciadamente, en este ámbito, no es el Derecho internacional sino la Política internacional, de manera bastante discrecional y arbitraria, quien acaba decidiendo el reconocimiento de nuevos Estados. Y por ello podemos encontrarnos con que hay decenas de casos, en los cuales las mismas normas y los mismos argumentos doctrinales se han utilizado –aleatoriamente– para denegar y reconocer el estatus de caso *sui generis* y para reconocer o no a un nuevo Estado. Como podemos constatar cada día, los Estados invocan la doctrina y la jurisprudencia con el fin de hacer “encajar” en las normas positivas del Derecho internacional sus diferentes concepciones geopolíticas, teniendo presentes exclusivamente sus intereses estratégicos. Y tampoco, desgraciadamente, la jurisprudencia, la doctrina y la práctica de los organismos internacionales es uniforme, sino que también depende de consideraciones de

En este contexto de reconocimiento masivo: ¿es razonable pensar que Naciones Unidas o el Consejo de Seguridad se atreverían en algún momento a declarar ilegal la secesión? La respuesta es, obviamente, negativa. ¿De qué serviría una resolución en ese sentido si, en la práctica, los Estados que ya han reconocido a Kosovo en absoluto van a revocar su decisión? Y siendo esto así: ¿por qué consideramos que la situación de Kosovo continúa teniendo interés jurídico y académico, si de hecho funciona ya como un Estado independiente, si es impensable que Serbia pueda volver a someterlo por la fuerza, si ha sido reconocido por un gran número de Estados y si es solo cuestión de tiempo que ese reconocimiento acabe siendo generalizado?

A nuestro juicio, como ya hemos apuntado, el interés y actualidad del caso radica en que numerosos pueblos y minorías (que han sido sojuzgadas y que han sufrido graves violaciones de derechos humanos en diversas partes del mundo, como sucedió en Kosovo) están reclamando para sí la independencia. Sin embargo, mientras en el caso de Kosovo, muchísimos Estados se apresuraron a reconocer y legitimar la secesión, en esos otros casos, siendo análogos, el reconocimiento se les continúa denegando bajo el argumento de que se trata de cuestiones de Derecho interno⁵.

Pero, junto a esto, hay que tener en cuenta otro factor que siempre ha estado flotando en el ambiente y al que no se le ha prestado la necesaria atención. El

índole política, social, económica, etc., como quedó patente en el dictamen de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo.

⁵ Hay numerosos ejemplos y cada uno tiene sus características especiales, pero de una manera u otra gozan de facto de algún grado de independencia los siguientes pueblos/naciones/minorías: a) Sin reconocimiento internacional: *Transnistria* (en Moldavia), *Abjasia* (en Georgia), *Nagorno-Karabaj* (en Azerbaiján), *Osetia del Sur* (en Georgia), *Puntland* y *Somalilandia* (ambas en Somalía); b) Con algún reconocimiento internacional: Taiwán, República Árabe Saharaui Democrática (Sahara Occidental).

reconocimiento de Estados es, por supuesto, un acto unilateral de los sujetos de Derecho internacional; pero en ese acto confluyen intereses y circunstancias que exceden por completo del estricto ámbito jurídico y que, en la mayoría de los casos, son las decisivas. En el caso de Kosovo ha quedado de manifiesto la influencia determinante de factores '*emocionales*' que han singularizado su tratamiento favorable a la independencia por parte de la comunidad internacional, más allá de las razones jurídicas que estaban en liza: el propio contexto geográfico (primera guerra que se producía en el interior de Europa tras la II Guerra mundial); la dudosa legalidad de la intervención militar de la OTAN; un relato histórico y una narración del conflicto, difundidos por los medios –especialmente europeos y norteamericanos– no del todo fidedigno; episodios de limpieza étnica y de genocidio que hacían recordar el holocausto; antipatía fomentada por estereotipos frente a los serbios y simpatías naturales con los albanokosovares; etc. Todo ello contribuyó a crear un estado de opinión generalizado a favor de la secesión de Kosovo, en virtud del cual argumentar a favor de una autonomía dentro de la ya democrática República Federal de Serbia suponía implícitamente la sospecha de connivencia con los 'genocidas serbios'.

Así pues, a nuestro juicio, la única manera de evitar que los Estados reconozcan (o no) la secesión de territorios de otros Estados, de manera aleatoria, solo en función de factores emocionales que determinan la opinión pública y de intereses políticos y estratégicos que nada tienen que ver con el Derecho internacional, es afrontando en toda su dimensión y profundidad el ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos en el siglo XXI, fuera del contexto de la dominación colonial. Y, en este cometido, tratar de establecer si en el caso de Kosovo es esto lo que se ha producido constituye,

a nuestro juicio, un importante avance en la materia. Este es el objetivo fundamental de lo que pretendemos realizar en el presente trabajo doctoral.

b) Metodología y estructura

Para llevar a cabo el cometido de esta tesis utilizaremos, por un lado, un modelo de razonamiento normativo, para determinar, desde la perspectiva del Derecho internacional, tanto las características y modalidades del ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos, como para determinar si la DUI de Kosovo supondría un ejercicio legítimo de ese derecho de autodeterminación, o simplemente cabría considerarlo como un caso *sui generis*. En ese sentido, analizaremos con la máxima profundidad los instrumentos propios del Derecho internacional público; las declaraciones y resoluciones de las organizaciones internacionales relacionadas con esta materia, en especial, las emitidas por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de la ONU; las emitidas por la Corte Internacional de Justicia de La Haya; el ordenamiento legal vigente en Kosovo al tiempo de proclamar su independencia; los diversos escritos de alegaciones de los países intervinientes en el proceso ante la Corte; los antecedentes legales relativos al conflicto de Kosovo; las diversas posiciones e interpretaciones doctrinales habidas en relación con la Declaración de independencia de Kosovo y con la Opinión consultiva emitida por la Corte de La Haya.

Por otra parte, acudiremos a un modelo de razonamiento teórico especulativo, en orden a establecer, desde una perspectiva filosófico-jurídica, la naturaleza última del derecho de autodeterminación; esto es, si estamos ante un derecho humano de tercera generación; si cabe considerarlo como un derecho inalienable; las complejas cuestiones abiertas en torno a la titularidad colectiva de los derechos, a los conceptos de pueblo o nación, a las minorías en

contextos de pluralidad y pluriétnicidad dentro de los Estados, a la realidad de los estados multinacionales y a la influencia en las sociedades modernas de las identidades.

En tercer lugar, emplearemos un modelo de razonamiento histórico-sociológico y psicológico, especialmente orientado a discernir el importante papel que las emociones han jugado en todos los avatares del caso Kosovo, tanto en el desarrollo del conflicto, analizando la manipulación mediática para la generación de sentimientos de odio interétnico, como en el posterior desarrollo del proceso de independencia y en el reconocimiento por parte de sus principales impulsores: Estados Unidos y la UE.

Atendiendo a este triple modelo de razonamiento hemos estructurado esta tesis en seis capítulos. Hemos considerado procedente comenzar con un capítulo que ofrezca una síntesis sobre los antecedentes inmediatos del conflicto y que repase las diversas fases de la intervención internacional del territorio y las principales resoluciones adoptadas al respecto por parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, así como las conversaciones de paz llevadas a cabo, hasta llegar a la Declaración de independencia y el posterior dictamen de la Corte Internacional de Justicia (capítulo primero). A continuación, nos hemos adentrado en el análisis de la autodeterminación como derecho humano de titularidad colectiva, abordando las diversas cuestiones que esto comporta y su relación con la identidad cultural, el nacionalismo de carácter étnico o cultural '*identitario*', que hoy constituyen el substrato básico de las reivindicaciones de autodeterminación en el contexto mundial (capítulo segundo). En esa misma línea, hemos procurado aquilatar al máximo los elementos nucleares constitutivos del derecho de autodeterminación: los conceptos de pueblo y nación y el de Estado nacional, para describir el modo en el que se ha configurado y se ha ejercido este

derecho de acuerdo con los presupuestos del Derecho internacional y qué cabe decir al respecto de esos requisitos en relación con la DUI de Kosovo (capítulo tercero).

A partir de ahí, hemos realizado un amplísimo y pormenorizado análisis del proceso jurídico llevado a cabo por los diversos países ante la Corte Internacional de Justicia, sobre el texto final de la *Opinión consultiva* emitida por la Corte en relación con la DUI de Kosovo y sobre las opiniones particulares y disidentes de varios de los jueces en relación con ese dictamen final (capítulo cuarto). Y hemos dedicado otro capítulo a realizar una profunda crítica sobre la mencionada resolución, tratando de desentrañar las múltiples triquiñuelas argumentales utilizadas para evitar pronunciarse sobre la única cuestión relevante: si la DUI de Kosovo constituía un ejercicio legítimo del derecho de libre determinación (capítulo quinto). Finalmente, para concluir nuestra investigación, hemos querido desarrollar una cuestión habitualmente omitida y silenciada por los análisis académicos realizados sobre este caso, pero bien señalados por muchos de los que vivieron en primera persona la descomposición de la antigua Yugoslavia: la fundamental influencia de las emociones en el decurso del conflicto y en el decurso del proceso jurídico de independencia (capítulo sexto).

Para concluir cada uno de los capítulos, debido a la enorme amplitud de los temas afrontados y para evitar perderse en las múltiples ramificaciones y derivadas que esos temas plantean, hemos incluido un epígrafe final sintetizando las conclusiones que hemos considerado más relevantes a los efectos del tema de investigación de esta tesis. Este epígrafe pretende ir señalando el horizonte de las conclusiones definitivas.

c) Agradecimientos

Deseo terminar esta introducción manifestando, en primer lugar, mi agradecimiento al programa de doctorado 'Sostenibilidad y paz', en las personas de los profesores Jesús Ballesteros y Encarnación Fernández, que, siempre comprensivos con las circunstancias personales de quienes lo iniciamos en su antigua versión, me permitieron adaptarme a su actual formato y han aceptado el depósito de esta tesis doctoral.

Quiero agradecer, de una manera muy especial, la tarea de mi director y tutor, el profesor Pedro Talavera, a lo largo de todo el proceso de gestación y redacción de este trabajo. Sin su constante confianza, aliento, impulso y acicate, seguramente hubiera desistido, porque aún hay mucho camino que recorrer en la posibilidad real de conciliar la vida laboral y familiar.

Por último, quiero agradecer también a los profesores Jesús Ballesteros, Marta Albert, Claudio Sarteá, Vicente Bellver, Caridad Velarde y Francisca Ramón, que hayan tenido la amabilidad de leer y evaluar este trabajo y de considerarlo apto para ser defendido como tesis doctoral.

CAPÍTULO PRIMERO

PRESUPUESTOS HISTÓRICO POLÍTICOS PARA UN ANÁLISIS DE LA INDEPENDENCIA DE KOSOVO

Es difícil encontrar en cualquier ambiente a personas que no hayan oído hablar de Kosovo y que no tengan una idea, aunque sea vaga y genérica, sobre su problemático estatus tras su declaración unilateral de independencia de Serbia y la confrontación diplomática entre los países que lo han reconocido como estado independiente (con Estados Unidos a la cabeza) y los que no lo han hecho (como España). No obstante, para identificar bien la realidad y la idiosincrasia del territorio cuyo estatus nos proponemos analizar en este trabajo, consideramos oportuno materializarlo, más allá de las apelaciones abstractas de las que suele ser objeto en los trabajos científicos o en las noticias de los medios de comunicación. Para ello, ofrecemos aquí una breve aproximación a sus características geopolíticas, al contexto histórico que lo constituyó como un enclave multiétnico y al convulso proceso que desembocó en la declaración de su independencia. Todo ello nos servirá de presupuesto

indispensable a la hora de dilucidar el sentido y la justificación de su actual y controvertido estatus político y jurídico en el contexto internacional.

1. LA DENOMINACIÓN DEL TERRITORIO

Desde el punto de vista etimológico, el nombre Kosovo (pronunciado “*Kósovo*” por los serbios) parece provenir de la palabra eslava “*kos*” que significa *mirlo*; y que tiene una amplia difusión en los países eslavos: lo encontramos en Bielorrusia, Bosnia, Bulgaria, Croacia y Rusia, entre otros. El término ‘Kosovo’ es el que ha denominado a este territorio durante el pasado siglo XX, aunque con anterioridad se utilizó el término “Cassovo” o “Cassua”, una versión italianizada del nombre.

Los albaneses tienden a utilizar el nombre ‘*Kosova*’ (pronunciado ‘Josóva’) con preferencia al término serbio Kosovo, ya que la gran mayoría de ellos rechazan la identidad serbia del territorio. En el área limítrofe con Albania, que está poblada por albaneses, el único nombre utilizado es ‘Kosova’. Por el contrario, los ya escasos habitantes serbios del norte del territorio y el resto de la antigua Yugoslavia, utilizan en exclusiva el término ‘Kosovo’. Por su parte, la comunidad internacional trata de situarse en una posición ecléctica refiriéndose formalmente a “Kosovo/Kosova”. Aunque, en la práctica, la denominación más frecuentemente usada fuera del territorio y de sus agentes políticos es la variante serbia de *Kosovo*, mientras que la variante albanesa *Kosova* es la más extensamente usada por las fuerzas de ocupación internacionales instaladas dentro del territorio. Nosotros utilizaremos aquí la denominación Kosovo, que es la más usada en nuestro país y en el resto de Europa.

Como es obvio, el uso de dos nombres alternativos para denominar un mismo territorio es una cuestión muy sensible tanto para los serbios como para los

albaneses de Kosovo y siempre viene utilizada con una clara connotación política. En efecto, quienes utilizan solo uno de esos nombres lo hacen con la intención de reivindicar en él su identidad étnica, política y religiosa⁶, de modo que consideran enemigos a quienes utilizan la otra denominación por entender que con ello les están negando el reconocimiento a sus legítimos derechos sobre el territorio kosovar⁷.

1.1. Aspectos demográficos

Con una extensión de 10.887 km² y una población aproximada de 2,5 millones, Kosovo limita con Montenegro al noroeste, con Serbia al norte y al este, con Macedonia al sur, y con Albania al suroeste. Las ciudades más importantes son: Pristina, la capital, con aproximadamente 500.000 habitantes, y Prizren, en el sudoeste, con 120.000 habitantes. Otras seis ciudades tienen poblaciones que exceden los 50.000 habitantes: Mitrovica, Gracanica, Novo Brdo, Ranilug, Partes y Klokot/Vrbovac.

La población, ésta integrada en su mayoría por albaneses (cuyo porcentaje se estimaba en el 80% antes del conflicto internacional de 1999, y que ahora ha aumentado debido a la presión excluyente sobre los serbios, serbio-kosovares y otros no-albaneses y por el crecimiento demográfico de los propios albaneses

⁶ La nueva bandera de Kosovo, adoptada el 17 de febrero de 2008 (fecha de la declaración de independencia) consiste en una imagen perfilada del mapa de Kosovo, en color amarillo, coronada por 6 estrellas blancas de 5 puntas y sobre fondo azul. Las estrellas simbolizan a las 6 etnias existentes en Kosovo, es decir, a los kosovares de origen albanés, bosniaco, goraní, romaní, serbio y turco.

⁷ Se trata de algo similar a lo que ocurre con los macedonios y los griegos que se han disputado con crudeza el nombre de la República de Macedonia.

que tienen una alta tasa de natalidad. Sobre una población total aproximada de 2,5 millones:

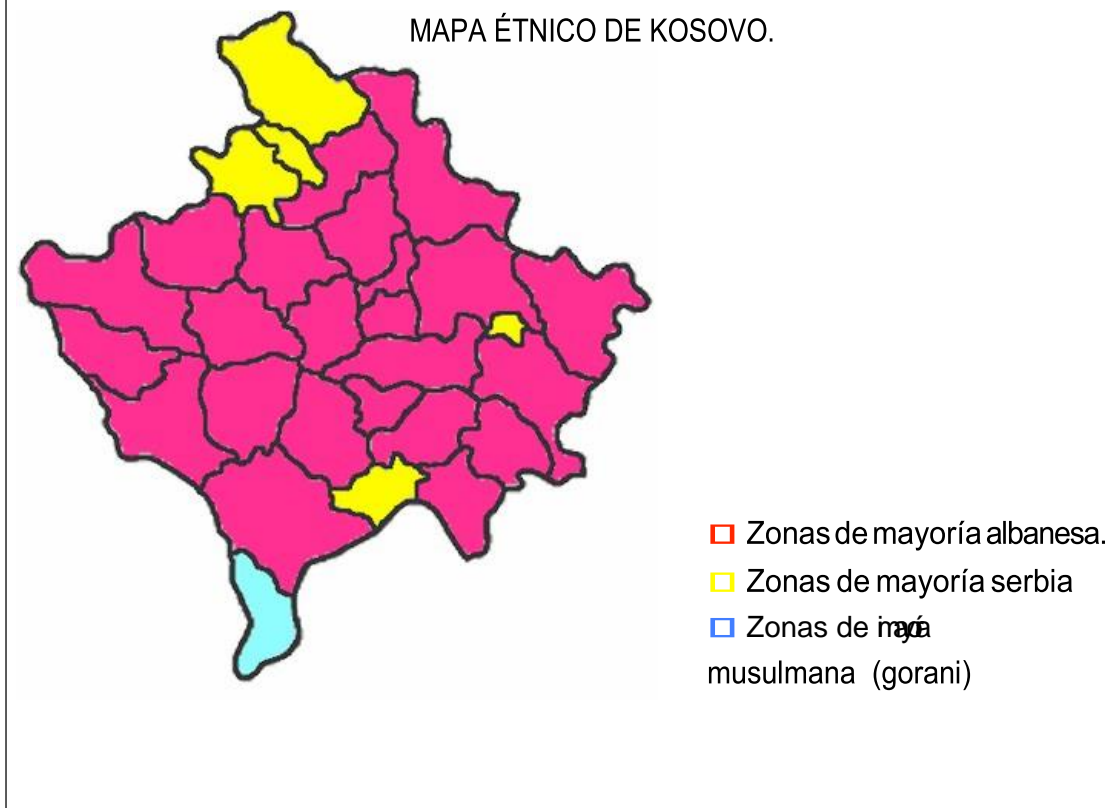
- 88% albaneses -kosovars- (2,1 millones)
- 8% serbios (60.000 - 90.000)
- 2% goranis (41.000 - 57.000)
- 1.5% rumanos (junto a ulacos o macedo-rumanos) (34.000 - 38.000)
- 0,5% turcos (17.000 - 19.000)

Y por lo que hace a las adscripciones religiosas:

- 92% musulmanes
- 1% católicos
- 7% ortodoxos serbios

Datos significativos respecto a la distribución étnica son los siguientes: los 90.000 serbios se concentran en su práctica totalidad en dos ciudades de la zona norte: Mitrovica y Gracanica. Los bosnios y goranis se concentran en torno a la región de Gora. Los turcos casi en exclusiva en la ciudad de Prizren y los aproximadamente 3.000 católicos croatas en los municipios de Janjevo, Lipjan y Letnica.

FIGURA 10.
MAPA ÉTNICO DE KOSOVO.



Un simple vistazo muestra que la tan alabada y promovida sociedad multiétnica, consagrada constitucionalmente por el Nuevo estado kosovar dista mucho de la realidad. La población se ha ido congregando en una especie de guetos geográficos, donde cada minoría desarrolla su existencia aislándose del resto de la sociedad del país. Y tal realidad resulta comprensible puesto que los odios y rivalidades ancestrales empujan a las gentes a buscar la seguridad entre sus iguales.

A diferencia de lo ocurrido, por ejemplo, en Bosnia-Herzegovina, los matrimonios entre las dos etnias dominantes en Kosovo (albaneses y serbios) han sido muy escasos, como consecuencia de las extremadamente tensas

relaciones entre estas dos comunidades en los últimos cien años, Esta tensión se mantiene en la actualidad y ha hecho prácticamente imposible que ni la Misión Internacional de Naciones Unidas en Kosovo (a través de sus distintas acciones desarrolladas a lo largo del tiempo) ni las autoridades políticas que han gobernado desde la independencia, hayan conseguido encauzar una política real de integración multiétnica⁸.

En estos momentos, la etnia dominante es la albanesa, (como antes lo fue la serbia, aunque no era mayoritaria cuantitativamente hablando). Y esa condición actual de supremacía le permite imponerse en todos los instrumentos y resortes de poder político de Kosovo, relegando a un mero papel “instrumental” al resto de las etnias. La única oposición real la encuentra en la minoría serbia, que, constantemente, se opone a su integración en la nueva administración kosovar, porque rechaza, por principio, la independencia de Kosovo respecto de Serbia.

1.2. Algunos datos sobre su economía

Kosovo es una región cuya actual relevancia en el contexto económico internacional es prácticamente nula. Aunque cuenta con yacimientos mineros importantes (74% de las reservas de manganeso de la antigua Yugoslavia, un 50% de las de níquel, un 48% de las de plomo y zinc, un 36% de las de lignito y un 32% de las de caolín)⁹ y buenas instalaciones hidroeléctricas, carece por completo de industrias de transformación, puesto que todos sus recursos naturales tradicionalmente han sido exportados a Serbia para su tratamiento

⁸ Advisory Committee of the Framework Convention for the protection of the national minorities. ACFC/OP/II/(2005) 004, Estrasburgo, 2 de marzo de 2014.

⁹ Los datos figuran en la página del Ministerio de Asuntos exteriores de Kosovo.

industrial. En consecuencia, Kosovo ha sido y es un territorio valioso para los intereses de Serbia y del resto de los países balcánicos por sus materias primas, pero fuera de ese activo y de ese contexto regional, carece de actividad económica.

Kosovo ha sido desde siempre la región económicamente más atrasada de la antigua Yugoslavia, y así se ha mantenido a lo largo del tiempo, más allá de las complejas vicisitudes por las que ha atravesado la región en estos últimos tiempos.

Durante la década de los noventa Kosovo se fue haciendo cada vez más dependiente de las remesas de dinero que, en grandes cantidades, enviaban los albanokosovares empleados en Suiza y en el sur de Alemania. Entre otras cosas, este proceso, además de garantizar un flujo constante de dinero a Kosovo, permitió la adquisición de armas a los insurgentes kosovares en esa década turbulenta en la región. El periodo de inestabilidad y conflicto bélico de los noventa provocó la desinversión internacional y la “desindustrialización” (del ya escaso tejido industrial) del país, con el retorno a una economía de subsistencia (esencialmente agraria) que sumió a la cuarta parte de la población en el desempleo y a más de la mitad en la pobreza.

Según los datos del Banco Mundial (2016), en la actualidad Kosovo sigue siendo la región más pobre de la zona. El 45% de su población vive bajo el umbral de la pobreza. Hay una tasa de paro “estable” en torno al 50%, a pesar de haber recibido cuantiosas transferencias monetarias provenientes de las instituciones internacionales (es la región del mundo que más ayuda ha recibido por habitante). Ni la UNMIK en su momento, ni los organismos internacionales que le han sucedido en el tiempo, ni las actuales autoridades kosovares (aún con ayuda de EULEX), han conseguido poner las bases para que se genere un mínimo desarrollo económico estable. En este sentido, los

sucesivos informes elaborados a partir de marzo de 2007 por el Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Misión de la Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo y posteriormente por el PNUD, constatan la inoperancia de las normas y recomendaciones de los organismos internacionales (FMI, BM) destinadas a mejorar la economía de Kosovo y lamentan que las donaciones internacionales acaben diluyéndose entre la ineficiencia y la corrupción. Con un elemento desestabilizador: como es bien sabido, los serbios de Kosovo reciben ayudas y subvenciones de Serbia, lo cual incrementa la influencia de Belgrado en esas comunidades al tiempo que contribuye a dificultar la integración, fomentando un cierto abandono del gobierno kosovar hacia ellas.

En definitiva, a pesar de la independencia unilateralmente declarada, la UE tendrá que seguir contemplando durante un largo período de tiempo la concesión de importantes ayudas económicas, muy en particular si tenemos en cuenta la gestión del retorno de los refugiados y su instalación en el territorio. Por otra parte, y de acuerdo con los sucesivos informes del Banco Mundial, la única oportunidad de crecimiento de Kosovo pasa por su integración en la UE y en las distintas economías regionales.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DEL CONFLICTO DE KOSOVO

Kosovo históricamente ha sido una región que ha cambiado de manos ininidad de veces entre los diversos imperios de turno. En la antigüedad, fue posesión de los romanos, godos, bizantinos, turcos/otomanos, serbios, búlgaros, italianos/nazis, y por último nuevamente los serbios, hasta su independencia en 2008.

Kosovo es considerado como el origen del pueblo y de la cultura serbia (de ahí su importancia para ellos) y ha sido objeto de codicias mezquinas, desde el Siglo XIX, por parte de los serbios, rusos, búlgaros, griegos, austrohúngaros, montenegrinos, bosnios, rumanos, italianos, etc. Por todo ello Kosovo ha sido una pieza móvil (y sacrificable) en el ajedrez del tablero europeo, sobre todo en los últimos 150/200 años.

Serbia se independizó del dominio otomano en 1878, año en que renació su fervor nacionalista y su tendencia expansionista que alternativamente ocupó diversos territorios aledaños (a costa de búlgaros, otomanos, austrohúngaros, etc.) en lo que se dio en llamar la Gran Serbia.

2.1. Las guerras balcánicas

Las llamadas *guerras balcánicas* fueron dos contiendas libradas, entre 1912 y 1913, por Serbia, Montenegro, Rumania, Bulgaria y Grecia contra el Imperio otomano¹⁰. Estos conflictos fueron precedidos por la llamada Guerra de Oriente que enfrentó a Rusia y Turquía en 1877, la cual propició una serie de reacomodos territoriales y dio lugar a diversas confrontaciones que afectaron a Albania y Kosovo¹¹.

La revolución de los jóvenes turcos de 1908 y la victoria italiana sobre los otomanos en 1912, debilitaron la posición de éstos, y Montenegro, apoyado por sus aliados, se enfrentó al imperio otomano, derrotándolo y obligándolo a renunciar a Albania y prácticamente a todas sus posesiones en el sureste de Europa. El *Tratado de Londres* del 20 de mayo de 1913 dio fin a la *primera*

¹⁰ ENOUVIN, P., *Historia de las relaciones internacionales (Siglos XIX y XX)*, Madrid, Akal Ediciones, 1998, pp. 595-607.

¹¹ *Ibid.*, p. 382-389.

guerra balcánica y determinó los siguientes cambios territoriales: la cesión de la isla de Creta a Grecia y el retiro turco de todos los territorios al este de una línea trazada desde el puerto de Midia, en el Mar Negro, hasta Enos, en el mar Egeo; además Kosovo como tal quedó reintegrado a Serbia, mientras que Metohia pasó a Montenegro. Albania fue sustraída de la soberanía turca formándose como un principado musulmán independiente, del cual se excluyó a un tercio de la población albanesa debido a que Kosovo y el norte de Macedonia quedaron bajo dominio serbio. Ello tuvo un doble efecto negativo sobre los albaneses: se produjo un éxodo al nuevo Estado y se efectuó una colonización serbia acompañada de acciones de limpieza étnica.

La *segunda guerra balcánica* surgió cuando Grecia y Serbia dieron por terminada su alianza con Bulgaria declarándole la guerra a ésta el 8 de julio de 1913. Posteriormente, Montenegro, Rumania y el Imperio otomano se unieron a los primeros para derrotar a Bulgaria tras una breve campaña y lograr la rendición búlgara a través de la firma del *Tratado de Bucarest* del 10 de agosto. Con ello, una vez más, el mapa de los Balcanes se modificaba con una pérdida territorial búlgara en favor de Rumania, Serbia, Grecia y el Imperio otomano.

Tras las guerras balcánicas, Serbia “reconquistó para el cristianismo” a Kosovo, después de siglos de lucha contra la dominación turca. Como consecuencia de ello, Kosovo fue reconocido por la comunidad internacional como una región semi-autónoma, con estatus poco claro, perteneciente a Serbia.

2.2. La Primera Guerra Mundial

El desenlace de las guerras balcánicas marcó la ruta que seguiría la Primera Guerra Mundial. Es en este sentido que John Morris Roberts ubica a la gran guerra europea:

One of the conflicts which came to a head in 1914 went back a very long way. This was the old rivalry of Austria-Hungary and Russia in south-eastern Europe. Its roots lay deep in the eighteen century, but its last phase was dominated by the accelerated collapse of the Ottoman Empire in Europe from the Crimean War onwards. For this reason the First World War is from one point of view to be seen as another war of the Ottoman succession¹².

El desmantelamiento turco y búlgaro, en combinación con el reforzamiento serbio, originaron un ambiente tenso en el sureste de Europa en el que la vecina Austro-Hungría se mostraba recelosa de los avances serbios. Así en 1914, tras el asesinato en Sarajevo del archiduque Francisco Fernando de Habsburgo, la monarquía dual encontró la mejor justificación para invadir Serbia. Con el estallido de la guerra, Albania creyó que podía recuperar sus territorios aliándose con Austro-Hungría y Bulgaria, y si bien se consiguió el retiro temporal de las tropas serbias de los mismos, al final la participación de los ejércitos de la *Triple Entente* fue definitiva en la derrota de los imperios centrales y en el triunfo de Serbia.

Al concluir la guerra, el nacimiento de Yugoslavia comenzó en 1918 con la absorción de Montenegro y siguió con la fusión de los territorios resultantes de la desintegración del Imperio austro-húngaro bajo el nombre del *Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos*, para luego denominarse, en 1929, como el *Reino de Yugoslavia*¹³. Los albanokosovares solicitaron su integración a Albania y lejos de lograrla, las persecuciones en su contra prosiguieron sin que

¹² ROBERTS, J. M., *History of the World*, Nueva York, Oxford University Press, 1993, p. 710.

¹³ TREBOVICH, A.S., *A Legal Geography of Yugoslavia's Disintegration*, Oxford University Press, 2008, p. 104

se emprendiera ninguna medida para evitarlo por parte de la Sociedad de Naciones.

2.3. La Segunda Guerra Mundial

En 1941 se produjo la invasión a Yugoslavia por parte de las tropas alemanas e italianas. Sectores de Montenegro y Macedonia quedaron bajo dominio italiano y una parte considerable de Kosovo fue transferida a Albania, ocupada por los fascistas italianos, quedando la parte sur bajo administración búlgara y la norte bajo administración serbia. Como consecuencia de estos movimientos, miles de serbios fueron asesinados por colaboracionistas albaneses al servicio de Italia y muchos más huyeron de la región.

Una vez concluida la guerra, en 1945, Yugoslavia fue liberada y Albania quedó reducida a un 50% de su superficie original. Por cuanto a Kosovo, éste fue reintegrado a la nueva Yugoslavia del mariscal Tito¹⁴.

Durante la Segunda Guerra Mundial las potencias del Eje invadieron Yugoslavia, repartiendo el territorio de Kosovo entre Albania (ocupada por los italianos), la “Gran Bulgaria” y Serbia (ocupada por la Alemania Nazi). Concluida la Gran Guerra, los aliados vencedores dejaron en el poder a Josip Broz, más conocido como *El Mariscal Tito*, quien con apoyo soviético había encabezado la resistencia yugoslava a la ocupación nazi, y que terminó instaurando el régimen comunista en Yugoslavia, reservándose para él mismo un gobierno vitalicio.

¹⁴ VICKERS, M., *Between Serbs and Albanians, A History of Kosovo*, Nueva York, Columbia University Press, 1998, p. 121-125.

2.4. Kosovo durante el régimen de Tito

Al finalizar la guerra, la situación de Kosovo se polarizó por la oposición de dos grupos albaneses: los nacionalistas y los partisanos; mientras los primeros favorecían la integración de Kosovo en Albania, los segundos buscaban su permanencia en Yugoslavia. En 1946, la victoria de los partisanos y de las tropas comunistas de Tito determinó la inclusión de Kosovo en la recién formada *República Democrática Federal de Yugoslavia*. Ese mismo año, en un gesto de recompensa a Kosovo por el apoyo a la liberación de Yugoslavia, se estableció una división política específica para el territorio, formándose un área administrativa para Kosovo y Metohia dentro de la *República Socialista de Serbia* con cierto grado de autonomía, la cual obtendría la categoría de provincia en 1963.

No obstante, estos avances, continuó la política de hostigamiento en contra de los albanokosovares y se acordó con Turquía traslados de población en contra de su voluntad. En 1966 se efectuaron importantes manifestaciones albanesas con el apoyo de Tirana que culminaron con la llamada "*Primavera de 1967*" cuando, frente a la agitación cada vez mayor de los rebeldes kosovares, intervino el ejército yugoslavo aplastando la revuelta que durante el régimen de Tito ya no volvió a presentarse¹⁵. Como medida para frenar los ánimos secesionistas, la Constitución de la *República Socialista Federal de Yugoslavia* de 1974 concedió a Kosovo, lo mismo que a Voivodina, el estatuto de provincia autónoma. Con ello, sin ser repúblicas, se les equiparaba a éstas al poseer sus propios órganos de poder, Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Así, según Ana

¹⁵ CISMAS, I., "Secession in Theory and Practice: The Case of Kosovo and Beyond", *Goettingen Journal of International Law* 2, 2010, pp.531-587, <http://www.ssrn.com/abstract=1669324>.

Trbovich, “*las provincias fueron proclamadas como un elemento constitutivo de la federación, que les transfirió ciertos elementos de estatalidad, implícitamente desproveyendo a la República de Serbia del ejercicio de estos poderes en el territorio de las provincias*”¹⁶. Como señala dicha autora, las disposiciones en este sentido eran de tal envergadura que “mientras que las provincias autónomas podían independientemente enmendar sus Constituciones, Serbia no podía enmendar la Constitución de la república sin el consentimiento de las provincias autónomas (artículo 427 de la *Constitución de Serbia*, 1974)”. En la práctica, los albaneses dominaron la autoridad local e impusieron su lengua en los medios de comunicación y, para 1978, abarcaban dos tercios de los miembros del partido provincial, así como buena parte de los cargos públicos en Kosovo.

Como resultado de este sistema legal establecido entre Belgrado y Prístina, la toma de decisiones resultaba complicada a la vez que creaba un ambiente de resentimiento alrededor de la intelectualidad serbia disidente y alentaba los sentimientos nacionalistas de diversos sectores que consideraban que se había concedido demasiado a los albanokosovares, no solo en detrimento de la población serbia local, sino de la nación serbia en general. No sin dificultades, Tito logró acallar dichas voces durante su larga estancia en el poder. Tras su muerte, acaecida en 1980, las tensiones étnicas se acrecentaron en toda Yugoslavia y Kosovo no fue la excepción. Frente a una población crecientemente albanesa, la comunidad serbia se sentía discriminada y reclamaba un mejor trato; a su vez, los albanokosovares exigían su secesión de la República Socialista de Serbia.

¹⁶ TRBOVICH, A.S., *A Legal Geography of Yugoslavia's Disintegration*, cit., p. 167

2.5. La década de los ochenta y la desintegración yugoslava

En 1981, en un nuevo escenario tras la muerte de Tito, se produjeron graves enfrentamientos entre la comunidad albanesa y serbia, como antesala al grave conflicto que se produciría años más tarde y que determinaron la ruptura de la RFSY¹⁷. Con la ausencia de Tito, Yugoslavia aceleró su proceso de degradación y pronto se vio imposibilitada de continuar con las políticas de su líder fundador. La *Liga Comunista Yugoslava* se acercaba a su fin sin haber resuelto la cuestión nacional y el mito de la fraternidad de los eslavos sureños se esfumó. El modelo de organización federal desarrollado a lo largo del *ancien régime* se agotó y no se reproduciría nunca más. En el plano social, la tolerancia cultural fomentó el nacionalismo separatista de las repúblicas y provincias, mientras que, en el plano económico, la autogestión acentuó el contraste norte-sur al interior de Yugoslavia.

Frente al cambio de paradigma, las élites comunistas, haciendo gala de adaptabilidad abrazaron el nacionalismo y los nuevos dirigentes en Belgrado surgieron de los cuadros del antiguo buró. Fue así como Slobodan Milošević accedió, en 1987, a la secretaría general de la *Liga Comunista de Serbia* y de ahí hasta llegar a la Jefatura de Estado en 1989. Este dirigente populista y autoritario adoptó el nacionalismo gran-serbio como elemento legitimador de su liderazgo y lo utilizó como plataforma de movilización de la población. El abandono de la tradicional política oficial en torno a las nacionalidades desgarró el frágil tejido étnico yugoslavo y precipitó a las élites locales hacia la elección del nacionalismo independentista. Las políticas de Milošević llevaron a

¹⁷ A la muerte de Tito, se adoptó un sistema de rotación para la presidencia colectiva de la RSFY, entre los distintos presidentes de las 6 repúblicas componentes de la federación. Quedó demostrada la ineficacia de este sistema al ser el causante del conflicto bélico de 1991-1995, cosa que ocurrió cuando Milošević se negó a rotar la presidencia, que por turno le correspondía a Croacia.

la fractura de la *Liga Comunista de Yugoslavia*, propiciando su fragmentación local hasta conseguir su extinción en enero de 1990. De ese modo se liquidaba la más importante de las instituciones creadas por Tito y se perdía la instancia política que daba unidad al Estado yugoslavo, abriendo definitivamente el camino hacia la desintegración del mismo.

Así pues, en 1990, como reacción a las reivindicaciones nacionalistas de la mayoría de las repúblicas yugoslavas, Serbia abolió el estatus de autonomía de Kosovo, disolvió el Parlamento y el Gobierno e inició un proceso de represión en dicha región, que alentó el distanciamiento de varias repúblicas respecto a Serbia, lo que dio paso a una serie de conflictos armados a partir de 1991¹⁸.

2.6. Kosovo durante el régimen de Milošević

Milošević eligió a Kosovo como núcleo central de su cruzada nacionalista y emprendió una serie de políticas desfavorables a la población albanokosovar. Entre las medidas iniciales, destacó la emprendida en 1987 cuando el líder serbio promovió reformas que permitieron la elección por la *República Socialista de Serbia* de los representantes de las provincias autónomas de Kosovo y Voivodina. La andanada prosiguió y el 29 de marzo de 1989, la *Asamblea Nacional Serbia* suprimió la autonomía de Kosovo mediante enmiendas a la Constitución que fueron aprobadas sin ningún problema por los

¹⁸ Existe una extensa bibliografía sobre los conflictos bélicos de la antigua Yugoslavia. Nos basamos aquí en las obras que más se han centrado en Kosovo: VEIGA, F., *La trampa Balcánica*, Grijalbo, Barcelona, 2002; TAIBO, C., *Para entender el conflicto de Kosova*, Libros de la Catarata, Madrid, 1999; LECHADO, J.C. y TAIBO, C., *Los conflictos yugoslavos, una introducción*, Fundamentos, Madrid, 1995; DE CUETO, C. y DURÁN, M., *El conflicto de Kosovo, un escenario de colaboración de actores civiles y militares*, Biblioteca Nueva, Madrid 2006.

incondicionales de Milošević presentes en el gobierno provincial en Kosovo. La mayor arenga nacionalista serbia se dio en ocasión del 600 aniversario de la *batalla de los Mirlos*, el 28 de septiembre de 1989, cuando Milošević pronunció, en Kosovo Polje, un incendiario discurso ante miles de seguidores provenientes de toda Yugoslavia en el que anunciaba que los serbios jamás renunciarían a su control y soberanía sobre la provincia¹⁹.

Al perder Kosovo su carácter autonómico, uno de los primeros actos del régimen de Milošević fue suprimir la enseñanza en idioma albanés, sustituyéndolo por el serbio a la vez que imponía el uso del alfabeto cirílico. La respuesta de los albanokosovares no se hizo esperar y exigieron su reconocimiento de nación constituyente con su correspondiente derecho de secesión. Coincidente con la fecha de la declaración eslovena de soberanía, el 2 de julio de 1990, los miembros albaneses de la *Asamblea de Kosovo* se reunieron fuera de su sede y proclamaron a Kosovo como una unidad independiente dentro de Yugoslavia, igual que las otras repúblicas. En dicho documento se establecía que la población albanesa de Kosovo en Yugoslavia tenía la categoría de *nación* en lugar de la de *nacionalidad* prescrita por la *Constitución federal*. Apoyados en ello, declararon nulas las reformas constitucionales de 1989. La *Corte Constitucional Yugoslava* resolvió que la declaración albanesa era ilegal y negó el derecho reconocido constitucionalmente a la autodeterminación, incluida la secesión, a los albanokosovares debido a que eran considerados una “*nacionalidad*” y no una *nación constituyente*. Asimismo, el gobierno central decretó, el 11 de julio, la disolución de la *Asamblea de Kosovo*, acto previamente aprobado, el 5 de julio, por la *Asamblea de Serbia*. Los delegados albaneses cesados se reunieron en Kachnik el 7 de septiembre y adoptaron la *Constitución de la República de*

¹⁹ TRBOVICH, A.S., *A Legal Geography of Yugoslavia's Disintegration*, cit., p. 195.

Kosovo, en la que se estableció el *derecho a la autodeterminación*, incluida la *secesión*, y declaró a Kosovo como el Estado del pueblo albanés y miembros de otras naciones y minorías nacionales que son sus ciudadanos. La nueva *Asamblea kosovar* eligió, el 24 de mayo de 1991, a Ibrahim Rugova como presidente y posteriormente, mediante un plebiscito, la mayoría de los albanokosovares votaron a favor de la soberanía e independencia de Kosovo, sin la aprobación de los serbios y otros grupos étnicos kosovares. En consecuencia, el 18 de octubre de 1991, los albanokosovares declararon la independencia de Kosovo y solicitaron el reconocimiento de la comunidad internacional, que no obtuvo en ese momento²⁰.

En contraste, en la nueva *Constitución serbia* de 1990, promulgada el 28 de septiembre²¹, ya se habían introducido más cambios en detrimento de Kosovo: se volvió a la antigua denominación de la Constitución de 1963 como “*Provincia Autónoma de Kosovo y Metohia*”, ubicándose a ésta dentro de la categoría de “*formas de autonomía territorial*”, cuya autoridad quedó supeditada a Belgrado. La convulsa situación generada en Yugoslavia explotó definitivamente cuando Eslovenia, Croacia, Macedonia²² y Bosnia-Herzegovina se declararon

²⁰ TRBOVICH, A.S., *A Legal Geography of Yugoslavia's Disintegration*, cit., p. 207.

²¹ CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SERBIA, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, 1/1990.

²² Macedonia está reconocida internacionalmente bajo el nombre de Antigua República Yugoslava de Macedonia (ARY Macedonia). Esto es así a consecuencia de un reclamo de Grecia, que se había negado a reconocer oficialmente a Macedonia por cuanto esta denominación está arraigada a la antigua historia y cultura griega. Tradicionalmente Macedonia era una región griega/helénica, subdividida en Macedonia Septentrional y Meridional. La Macedonia meridional está estrechamente ligada con la Historia Griega y siempre ha permanecido bajo el dominio helénico. La Macedonia Septentrional nunca había sido una entidad política independiente hasta la creación de la RFSY, que incluyó dicha región como una república dentro de la RFSY. Al igual que Kosovo, la Macedonia Septentrional había sido históricamente moneda de cambio entre los griegos, búlgaros, serbios, montenegrinos,

independientes de la RFSY. Esto provocó un conflicto bélico, que se desarrolló desde 1991 a 1995 y que culminó en noviembre de 1995, después de numerosas resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU y de la intervención militar de la OTAN, con los *Acuerdos de Dayton* que sancionaron formalmente la disolución de la RFSY, que pasó a denominarse *República Federal de Yugoslavia* (RFY), conteniendo en su territorio a Serbia (incluyendo a sus dos provincias autónomas: Kosovo y Vojvodina) y a Montenegro²³.

3. LA GUERRA DE KOSOVO Y LA INTERVENCIÓN DE LA OTAN

Mucho se ha escrito y debatido sobre la intervención de la OTAN en Kosovo; resumiremos aquí los acontecimientos esenciales²⁴. La presidencia de Slobodan Milošević generó un importante movimiento de resistencia pacífica liderado por Ibrahim Rugova, líder de la denominada *Liga Patriótica de Kosovo* (LDK). En 1991, las fuerzas clandestinas de Kosovo organizaron un referéndum, y la casi totalidad de la población votó a favor de la soberanía. Al

otomanos, etc. Al fragmentarse la RFSY, Macedonia adquirió la independencia bajo el nombre de República de Macedonia, lo que instantáneamente generó el rechazo de los griegos, por cuanto supusieron que esta denominación podría traer aparejados reclamos o reivindicaciones territoriales sobre la Macedonia Meridional. Asimismo entendieron los griegos que Macedonia también había usurpado los símbolos tradicionales griegos en la confección de su bandera e himno nacional, símbolos que datan de la época de Alejandro Magno (TRBOVICH, A.S., *A Legal Geography of Yugoslavia's Disintegration*, cit., p. 208-209).

²³ Posteriormente la RFY, modificando su constitución, pasó a denominarse República de Serbia y Montenegro. Ésta última se disolvió en 2006, al independizarse la República de Montenegro. La República de Serbia ha quedado como sucesora de la antigua RFY (*Ibid.*, p. 210).

²⁴ Existen infinidad de publicaciones al respecto, seguimos aquí la más documentada: ORTEGA TEROL, J.M., *La Intervención de la OTAN en Yugoslavia*, SEPTÉM Ediciones SL, Oviedo, 2001.

año siguiente, 1992, se celebraron unas elecciones clandestinas e Ibrahim Rugova fue proclamado presidente de Kosovo; era el inicio de una estrategia no violenta de confrontación con Serbia y de creación de estructuras paralelas. La reacción de Serbia fue la militarización de la región, envió 20.000 soldados y policías, además de cuerpos paramilitares ultranacionalistas, que provocaron el terror entre la población albanesa. Esto propició la aparición del *Ejército de Liberación de Kosovo* (UCK - ELK), sustentado en gran parte por la diáspora albanesa (unas 400.000 personas) instalada en Suiza, Alemania y EEUU, y que dispuso de bases de retaguardia en el norte de Albania. El objetivo del ELK era conseguir la independencia de Kosovo. Obtuvo financiación y armamento desde Albania, lo que derivó en cada vez mayores atentados. El ELK fue el origen de la limpieza étnica masiva iniciada por los Serbios en 1998²⁵.

El ELK fue incluido en la lista de organizaciones terroristas del Departamento de Estado de los EEUU. Tuvo sus orígenes en Macedonia, donde operó con acciones terroristas entre 1992 y 1997. Su líder, Hashim Thaci, fue condenado por terrorismo en tribunales serbios a principios de los noventa y se exilió en Zurich, donde continuó sus estudios²⁶. Los primeros ataques del ELK fueron

²⁵ En este sentido se manifestaron las Resoluciones 1160/98, 1199/98, 1203/98 y 1239/99 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

²⁶ En 2005, Thaci tuvo abierta una investigación en la Corte Penal Internacional por su presunta participación en el tráfico de órganos de 300 serbios trasladados a Albania. Asimismo, diversas fuentes lo han vinculado con las mafias albanesas, como agente de la CIA y allegado a organizaciones islámicas fundamentalistas en Bosnia y Chechenia. Además, fue señalado como autor intelectual del asesinato de sus opositores de la *Liga Nacionalista Democrática* de Rugova, destacándose la ejecución de Fehmi Agani. En cuanto al tráfico de órganos, Carla del Ponte da cuenta, en sus memorias publicadas en 2008 sobre su experiencia como fiscal del *Tribunal Penal para la ex Yugoslavia*, de dicho ilícito realizado por líderes del ELK. Sobre ese mismo asunto, Dick Marty, miembro de la *Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa*, presentó, el 16 de diciembre de 2010, un informe ante dicho órgano en el que revela detalles de ésta y otras atrocidades cometidas por el ELK en territorio de Albania con la anuencia de

dirigidos a puestos policiales y más tarde efectuó atentados contra la población civil²⁷. En Kosovo reivindicó su primer atentado en 1997. Los enfrentamientos entre la guerrilla y el ejército serbio se generalizaron hacia 1998-1999, convirtiéndose en foco de atención mundial tras la muerte de alrededor de 50 civiles por parte de las tropas serbias en lo que se conoció como “la masacre de Racak”²⁸.

En 1998, época en la que el ELK controlaba el 40% del territorio kosovar, el presidente serbio Milošević lanzó una operación militar en Kosovo, provocando unas 1.500 víctimas, lo que constituyó el primer éxodo de refugiados. La crisis de los refugiados fue la que encendió la mecha que acabaría por hacer estallar la situación –siempre precaria– de los Balcanes²⁹. Veamos brevemente el *iter* del conflicto armado.

ésta; al respecto el diputado suizo propuso un proyecto de resolución con el siguiente texto: “*The appalling crimes committed by the Serbian forces, which stirred up very strong feelings worldwide, gave rise to a mood reflected as well in the attitude of certain international agencies, according to which it was invariably one side that were regarded as the perpetrators of crimes and the other side as the victims, thus necessarily innocent. The reality is less clear-cut and more complex*” (<http://www.wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?>).

²⁷ Diversos miembros del ELK, acusados de crímenes de guerra y contra la humanidad, han sido juzgados por el *Tribunal Penal para la ex Yugoslavia*. El ex primer ministro, Ramush Haradinaj, ha sido acusado de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra cometidos cuando dirigió el ELK, y el 19 de julio de 2010 se giró sobre él una orden de arresto. A su vez, Fatmir Limaj ha estado sujeto a proceso por crímenes de guerra contra serbios y albaneses sospechosos de colaborar con los serbios durante la guerra. Casos:

Haradinaj et al. Indictment - <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/2A6C6746-A491-4D80-.pdf>.

Limaj et al. Amended Indictment - <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/FA043007-0782-.pdf>.

²⁸ Racak es la culminación de una serie de graves incidentes durante los primeros días de 1999. Vid. *INFORME DEL SECRETARIO GENERAL DE UN* según las Resoluciones 1160, 1199 y 1203, de 30 de enero de 1999, Doc. S/1999/99.

²⁹ Según informes de la OSCE y de la UNHCR en 2010 todavía había 219.000 refugiados, de los cuales 205.000 están en Serbia, y 19.000 desplazados en el interior de Kosovo. Véase

3.1. La Resolución 1199 (1998) del Consejo de Seguridad

El 11 de marzo de 1998, el Consejo Permanente de la OSCE reconocía abiertamente que la crisis ya no podía ser calificada como un 'asunto interno' de Yugoslavia, debido a las violaciones de los principios de la OSCE y de los compromisos adquiridos sobre derechos humanos, y porque la situación estaba teniendo un impacto muy significativo en la seguridad de la región. En este sentido, pedía a las autoridades de Yugoslavia el cese del uso excesivo de la fuerza en Kosovo, el inicio de un diálogo con los albanokosovares, permiso para el acceso del Comité Internacional de la Cruz Roja y el retorno de las misiones OSCE.

También los miembros del *Grupo de Contacto* (formado por Alemania, EEUU, Francia, Italia, Reino Unido y Rusia) habían condenado la represión de las fuerzas serbias, afirmando sentirse compelidos a adoptar pasos para demostrar a las autoridades de Belgrado que no podían desafiar los estándares internacionales sin enfrentarse a serias consecuencias. En su Declaración se enumeraban diversas medidas para la retirada inmediata de Kosovo (en el plazo de diez días) de las unidades de policía serbias, el cese de actividades del resto de fuerzas, el acceso a Kosovo de las organizaciones humanitarias y de algunas instancias de verificación, así como la plasmación escrita de un compromiso de iniciar el diálogo. Las medidas eran:

- a) Sometimiento a la consideración del Consejo de Seguridad de un embargo global de armas contra Yugoslavia, incluyendo Kosovo.

INFORME DE LA MISIÓN DE VERIFICACIÓN DE LA OSCE EN KOSOVO, de 30 de noviembre de 2010.

- b) Negativa a proporcionar equipamiento a Yugoslavia que pudiera ser usado para la represión interna o para el terrorismo.
- c) Denegación de visados para representantes de Yugoslavia y de Serbia responsables de la acción represiva en Kosovo.
- d) Una moratoria sobre el crédito a la exportación financiado por los gobiernos y sobre el apoyo al comercio y las inversiones, incluyendo la financiación gubernamental para privatizaciones en Serbia³⁰.

Estas medidas no fueron implementadas y, como consecuencia de la continuación de las acciones de represión de las tropas serbias, se emitió la Resolución 1160 (1998), de 31 de marzo, en la cual el Consejo de Seguridad condena el uso excesivo de la fuerza por parte de las fuerzas policiales serbias contra civiles y manifestantes pacíficos en Kosovo, así como los actos de terrorismo del ELK. Esta Resolución ejecuta el embargo de armas a Yugoslavia, incluyendo Kosovo. Un mes más tarde, el *Grupo de Contacto*, tras reiterar la gravedad del conflicto y su riesgo potencial de sufrir una escalada, decidió congelar los fondos en el extranjero de los Gobiernos de Yugoslavia y de Serbia, sin el acuerdo de Rusia³¹.

A pesar de estas medidas de presión, el conflicto no solo no disminuyó sino que aumentó en intensidad³². Ante esta realidad, el *Grupo de Contacto* advirtió de la necesidad de actuaciones adicionales, incluyendo una posible Resolución

³⁰ *DECLARACIÓN DEL GRUPO DE CONTACTO SOBRE KOSOVO*. Londres, 9.III.1998

³¹ *DECLARACIÓN DEL GRUPO DE CONTACTO SOBRE KOSOVO*, Roma, 29.IV.1998.

³² *INFORME UE* de 21 de abril de 1998; *INFORME DE LA OSCE* de 20 de abril de 1998. También *Informe del Secretario General de UN* de 4 de junio de 1998, donde se advierte de la existencia de incidentes tanto en la frontera con Albania como en otras partes de Kosovo, que habían causado 200 víctimas. En este período se produjo en primer gran éxodo interno con un número estimado de 42.000 personas desplazadas y el primer flujo de refugiados (unos 6.500) hacia Albania, según ACNUR; UN Doc. S/1998/470.

del Consejo de Seguridad de la ONU, si continuaban sin respetarse las exigencias de rebajar la tensión en la zona por parte de las autoridades serbias³³. Por su parte, con el fin de presionar a Milósevic, el 8 de junio de 1998, el Consejo de Ministros de la UE prohibía nuevas inversiones en Serbia y vetaba todos los vuelos de compañías aéreas yugoslavas con destino a territorio UE³⁴.

Con todo, fue el drama humanitario el que impulsó la actuación del Consejo de Seguridad de la ONU. En efecto, las cifras ofrecidas por el informe ACNUR de septiembre de 1998 resultaban escalofrantes para la comunidad internacional y para la opinión pública de los países occidentales. ACNUR estimó que se había producido un desplazamiento de 230.000 personas, de las cuales 170.000 se encontraban aún en el propio territorio kosovar; 33.500 en Montenegro; 20.000 entre Serbia y Macedonia y unas 14.000 personas habían huido hacia Albania. De todas ellas, alrededor de 50.000 personas carecían de alojamiento y acceso a necesidades básicas. Con esos datos a la vista, el Consejo de Seguridad de ONU evacuó la *Resolución 1199 (1998) de 23 de septiembre*, en la que ya se aludía a la situación como auténtico conflicto armado.

La mencionada *Resolución 1199* incluía una serie de medidas (que abundaban sobre lo ya dispuesto en la anterior resolución del Consejo de Seguridad) instando a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar el personal necesario para llevar a cabo una vigilancia eficaz sobre la situación de Kosovo; a que se congelaran los fondos del Estado yugoslavo existentes en los respectivos territorios de los Estados y a que, en el caso de que no se

³³ *DECLARACIÓN DEL GRUPO DE CONTACTO SOBRE KOSOVO*, Bonn, 8 de julio de 1998.

³⁴ DO L 165, de 10 de junio de 1998, y DO L 190 de 4 de julio de 1998.

respetara lo dispuesto en la Resolución (y en la 1160 (1998), inmediatamente anterior) se instara la adopción de medidas adicionales para mantener o restablecer la paz y la estabilidad en la región.

Aunque el contenido de la *Resolución 1199 (1998)* resultaba demasiado genérico e inconcreto como para representar una verdadera y contundente línea de acción en el territorio dirigida a parar realmente el conflicto, al menos los últimos párrafos de esta resolución del Consejo de Seguridad sí podían considerarse como la antesala (la amenaza) de una posible autorización de medidas coercitivas que implicaran el uso de la fuerza.

Pese a la evidente lectura del texto de la resolución, lo cierto es que el drama humanitario no cesaba, por lo que el *Grupo de Contacto*, en su reunión en Londres, el 2 de octubre de 1998, presionó con mayor contundencia a los actores del conflicto consiguiendo que Yugoslavia aceptara una misión de la OTAN de verificación aérea sobre Kosovo³⁵. Apoyada sobre este acuerdo se produjo la *Resolución 1203 (1998)*, de 24 de octubre, en la cual el Consejo de Seguridad fija un plazo (hasta el 2 de noviembre de 1998) para firmar un acuerdo que incluya la solución política del conflicto. Estas dos acciones produjeron una inmediata relajación de la tensión (con algunos incidentes aislados) y una significativa disminución del número de desplazamientos a los campos de refugiados. Esta situación de relativa calma se mantuvo hasta el incidente de Racak, de 16 de enero de 1999, hecho este que reactivó de nuevo la violencia y que acabó provocando la intervención de la OTAN³⁶.

³⁵ Doc. S/1998/991, anexo.

³⁶ El incidente de Racak (lugar en el que se encontraron los cadáveres de 45 civiles kosovares, incluyendo 3 mujeres y un niño asesinados) fue considerado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas como una *masacre* y años más tarde se convirtió en uno de los cargos por crímenes de guerra del TPIAY contra Milošević (cuyo juicio no pudo concluir debido a su

Puede sorprender que el Consejo de Seguridad de la ONU no adoptase respecto a este conflicto ninguna medida coercitiva y contundente como las aplicadas en Croacia o en Bosnia-Herzegovina en aquellos años. Pero la realidad es que el Consejo de Seguridad no podía adoptar medidas más severas y eficaces puesto que Rusia amenazaba con vetar las propuestas que incluyeran algún tipo de intervención, especialmente las que se presentaban por parte de Francia. Así pues, el tenor de todas las resoluciones estuvo siempre dentro de lo que se conoce como una 'terminología diplomática blanda'. Se produjo en la *Resolución* 855 (1993), de 9 de agosto de 1993, para exhortar a Belgrado a aceptar la misión propuesta por la OSCE. Se cumplió también, cinco años más tarde (resulta increíble tan largo tiempo de espera) con la *Resolución* 1160 (1998) de 31 de marzo de 1998, limitándose a condenar el uso de una fuerza excesiva por parte de la policía serbia y del ELK, y solicitando simplemente el cese de las hostilidades por ambas partes. Volvió a reiterarse con la *Resolución* 1199 (1998) de 23 de septiembre de 1998, limitándose de nuevo a condenar los combates y, aun calificando de catástrofe humanitaria y amenaza para la paz y la seguridad, el incremento del número de desplazados y refugiados, tan solo reitera su requerimiento anterior de cese de hostilidades y apenas añade otro requerimiento para que se resuelva la situación humanitaria y se permita la presencia de una misión de observación. Finalmente, la *Resolución* 1207 (1998) de 17 de noviembre de 1998, se limitó a extender a ese territorio el ámbito de las investigaciones de la *Fiscalía del*

muerte el 11 de marzo de 2006) y contra los altos oficiales del ejército yugoslavo. Según fuentes serbias, los albaneses murieron en combate; sin embargo, el TPIAY documentó que los cadáveres de Racak habían sido asesinados por tratarse de civiles, incluidas mujeres y niños. Vid. *INFORME DEL SECRETARIO GENERAL DE NU* según las Resoluciones 1160,1199 y 1203, de 30 de enero de 1999, Doc. S/1999/99.

Tribunal Penal Internacional para los crímenes cometidos en la Antigua Yugoslavia.

Como respuesta a la masacre de Racak, la OTAN decide unilateralmente enviar a Kosovo una fuerza de interposición y anuncia que está preparada para lanzar ataques aéreos sobre objetivos en Yugoslavia con la finalidad de forzar un acuerdo político para el fin del conflicto. El *Grupo de Contacto* había planteado, en abril de 1998, la firma de un acuerdo político final, incluyendo como presupuestos (no negociables): el regreso al estatuto de autonomía de Kosovo anterior a 1990 y la introducción de instituciones democráticas transparentes con supervisión internacional (reemplazando a los dos mil observadores de la OSCE por un contingente militar de casi treinta mil soldados bajo la dirección de la OTAN). Estas exigencias fueron el origen a la Conferencia de Rambouillet, cuyo fallido desenlace fue el detonante inmediato de la intervención armada de la OTAN.

3.2. La Conferencia de Rambouillet

Como resultado de la presión de la OTAN, a finales de 1998 (octubre) se decidió celebrar una conferencia de paz destinada a la firma de un tratado con el que poner fin al conflicto bélico y proceder a la normalización de una situación de violencia generalizada en Kosovo (acuerdo basado en la propuesta de abril del Grupo de contacto). Bajo los auspicios de Estados Unidos, Reino Unido y Rusia, la conferencia de paz se celebró en la ciudad francesa de *Rambouillet*, en dos tandas. La primera de ellas del 6 al 24 de febrero de 1999 y la segunda del 15 al 18 de marzo del mismo año. La Conferencia concluyó con la firma de un documento, acto que tuvo lugar en París.

En el marco del *Grupo de contacto* se empezaron a perfilar opiniones diferentes respecto de las causas y soluciones a la crisis de Kosovo. Los EEUU, fieles a su política de intervención humanitaria y nuevo atlantismo, proponían una doctrina inflexible con Belgrado. Por otro lado, Rusia, después de haber pasado por la experiencia negativa de Bosnia-Herzegovina, vio en la crisis de Kosovo una nueva oportunidad para reafirmar su política exterior en general y sobre los Balcanes en particular (afín a Belgrado). En una posición intermedia se encontraban Gran Bretaña, Italia, Alemania y Francia, que veían en esta nueva crisis balcánica una nueva oportunidad para la PESC.

En la reunión del *Grupo de Contacto*, celebrada en Bonn, en abril de 1998, ya se observaron graves discrepancias entre las políticas de EEUU y de la UE y Rusia. Ante el “atasco” protagonizado, sobre todo, por el enfrentamiento entre la Secretaria de Estado estadounidense, Madeleine Albright, y el Ministro de Exteriores alemán, Klaus Kinkel, una propuesta de la diplomacia francesa hizo que se convocara una conferencia internacional sobre la crisis de Kosovo, en la pequeña población francesa de *Rambouillet*.

Los representantes fueron, por parte de EEUU, su embajador en Skopje, Christopher Hill; por parte de la UE, Wolfgang Petrisch, embajador de Austria en Belgrado (en ese momento Austria presidía el Consejo Europeo), y por parte de Rusia, Victor Maiorski. Thaci fue el delegado albanokosovar y siempre se mostró renuente a la firma de un acuerdo si este no preveía la celebración de un referéndum para su independencia. Por su parte, la delegación serbia se mostró más flexible, con disposición a devolver la autonomía a Kosovo, pero se oponía a un despliegue de fuerzas extranjeras en el territorio por considerarlo una violación de su soberanía.

El marco de trabajo fue definido por Madeleine Albright, quien en su primera visita a Rambouillet, a la vista ya de un borrador de documento de paz, afirmó que existían solamente tres posibilidades:

- 1) Si los serbios rechazaban el documento (que luego veremos) y los albanokosovares lo aceptaban, la OTAN bombardearía Serbia.
- 2) Si ambas partes aceptaban el documento, se mandarían a Kosovo 28.000 soldados para garantizar la paz y la estabilidad en el territorio.
- 3) Si los serbios aceptaban el documento y eran los albanokosovares quienes lo rechazaban, entonces los EEUU dejarían de apoyar al UCK.

El documento (Acuerdo de Paz) se denominó “*Acuerdo provisional sobre la paz y el autogobierno en Kosovo*”. El texto presentado inicialmente en Rambouillet, tenía ocho capítulos (un capítulo marco introductorio y siete más de desarrollo) y se parecía mucho al *Acuerdo de Dayton*³⁷.

La introducción hablaba de los principios; se desarrollaba en siete puntos que versaban sobre la igualdad de todos los ciudadanos de Kosovo sin discriminación alguna (punto 1), sobre la existencia de comunidades singulares, que gozarían de derechos complementarios de acuerdo con sus particularidades y que a su vez no se deberían utilizar para menoscabar los derechos y libertades generales del resto de la población (punto 2). Se prescribía que todas las autoridades de Kosovo respetarán los derechos humanos, la democracia y la igualdad de todas las comunidades ante la ley

³⁷ DOCUMENTO DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU, S/1999/648 de 7 de junio de 1999.

(punto 3). También se especificaba que los ciudadanos de Kosovo tendrán derecho a ejercer el gobierno autónomo a través de instituciones legislativas ejecutivas y judiciales, establecidas según el Acuerdo, así como disfrutar de la posibilidad de estar representados en todas las instituciones de Kosovo. El derecho al gobierno autónomo democrático incluía el derecho a participar en elecciones libres y justas (punto 4). Se establecía el derecho de todas las personas en Kosovo de acceder a las instituciones internacionales para asegurar la protección de sus derechos de conformidad con los procedimientos de esas instituciones (punto 5). Por otro lado, las partes se comprometían a actuar solo en el ámbito de sus poderes y responsabilidades en Kosovo, de conformidad con el Acuerdo. Así, los actos que no estén amparados por esos poderes y responsabilidades serían nulos y sin valor. Kosovo tendría todos los derechos y poderes que se establecían en el Acuerdo incluidos, en particular, los que se iban a especificar en la Constitución que se regulaba en el Capítulo I del Documento, el cual tendría preferencia sobre cualesquiera otras disposiciones legales de las partes y se aplicaría directamente (punto 6). Por último, el *Acuerdo* disponía que ‘Las Partes’ aceptaban cooperar plenamente con todas las Organizaciones internacionales que trabajaban en Kosovo respecto a la aplicación del Documento (punto 7).

En cuanto a los capítulos, el primero se refería a la futura constitución de Kosovo. Además de establecer el número de escaños y su sistema de elección, la “Constitución marco para Kosovo” recogía la figura del Presidente, que sería elegido por tres años, con posibilidad de una sola reelección y por mayoría de los votos del Parlamento. El Presidente representaría a la Provincia frente a los órganos de poder de Serbia y de la Federación Yugoslava. Además, tendría otros cometidos, como presentar al Parlamento sus candidatos para Primer Ministro, Jueces del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y demás

órganos judiciales, estaría encargado de las relaciones internacionales, y debería mantener reuniones periódicas con los distintos grupos nacionales en Kosovo.

Las competencias del Parlamento se parecían mucho a las otorgadas al legislativo de la provincia de Kosovo por la Constitución de 1974, acercándose mucho a las que gozaban Serbia y Montenegro en el marco de la Constitución de 1992, que en aquel entonces regulaba las relaciones en la nueva Yugoslavia postcomunista³⁸. En definitiva, se contempla a Kosovo como parte integrante de Serbia, integrada esta, a su vez, en la Yugoslavia del momento.

El capítulo segundo trataba de la seguridad y de la policía, de la puesta en práctica de estas disposiciones, bajo los auspicios y supervisión de una misión de la OSCE. Se contemplaban una serie de disposiciones dedicadas a la salvaguarda de las fronteras externas de la provincia con Albania y Macedonia, que permanecerían bajo el control de los órganos federales.

El *Tercer* capítulo trataba de los procesos electorales en la provincia, también auspiciados y asegurados por la OSCE. El *Cuarto* se ocupaba de los asuntos económicos, de la ayuda humanitaria y del desarrollo económico de Kosovo.

Pese a la enorme importancia de las materias tratadas en los cuatro primeros capítulos, el más polémico de todos fue el quinto, que trataba de la implementación del acuerdo. La condición previa estadounidense fue que debería ser la OTAN la encargada de liderar las fuerzas internacionales que iban a desplegarse en Kosovo. Pensando en la puesta en práctica del acuerdo, se preveía la formación de una especie de consejo, del cual formarían parte el

³⁸ NIKOLIC, P., *I sistemi costituzionali dei nuovi stati dell'ex Yugoslavia*, Giappichelli editore, Turín, 2002.

Jefe de la misión de implementación, el Presidente del Parlamento Serbio y el Presidente de Kosovo. El jefe de la misión de implementación sería en la práctica el encargado de llevar a cabo la implementación del Acuerdo, y esta se desarrollaría de acuerdo con las leyes de Kosovo, Serbia y Yugoslavia, gozando, sin embargo, de un estatus diplomático acorde con la Convención de Viena sobre los tratados internacionales, con lo cual ni el Presidente del Parlamento Serbio ni el Presidente de Kosovo tendrían un papel relevante en la toma de decisiones en cuanto a la implementación del Acuerdo. Por otro lado, la sumisión a las leyes de Kosovo, Serbia y Yugoslavia, se mitigaba por el hecho de gozar del estatus diplomático acorde a los tratados internacionales, es decir, con prevalencia sobre las leyes antes nombradas.

El *Sexto* capítulo trataba sobre el Defensor del Pueblo y sus competencias. Y el *Séptimo* capítulo, que trataba de la puesta en práctica del Acuerdo, también generó en su redacción profundas discrepancias entre las distintas partes. El punto más polémico fue el apartado 8, de su anexo B, que decía:

"El personal de la OTAN, con sus vehículos, navíos, aviones y equipamiento, deberá poder desplazarse, libremente y sin condiciones, por todo el territorio de la República Federal de Yugoslavia, lo que incluye el acceso a su espacio aéreo y a sus aguas territoriales. Se incluye también el derecho de dichas fuerzas a acampar, maniobrar y utilizar cualquier área o servicio necesario para el mantenimiento, adiestramiento y puesta en marcha de las operaciones de la OTAN".

El punto 7 del mismo apéndice se expresaba así:

"El personal de la OTAN no podrá ser arrestado, interrogado o detenido por las autoridades de la República Federal de Yugoslavia. Si alguna de las personas que forman parte de la OTAN fuera arrestada o detenida por

error deberá ser entregada inmediatamente a las autoridades de la Alianza".

A la vista de estos textos, tal y como se ha apuntado, se establecieron "las más duras condiciones impuestas a un Estado desde el final de la Segunda Guerra Mundial"³⁹. Difícilmente, ninguno de los Estados participantes en estas negociaciones hubiera admitido semejante norma para aplicar en sus propios territorios en ningún caso. Por otro lado, los artículos 9 y 10 precisaban que, durante su presencia en territorio yugoslavo, la OTAN no estaba obligada a pagar tasas ni impuesto alguno, ni podía ser sometida a ningún control aduanero.

Para completarlo, el artículo 15 aclaraba que, cuando se hablaba de servicios utilizables por las fuerzas de la OTAN, se entendía el pleno y libre uso de las redes de comunicación, lo que incluía la televisión y el derecho a utilizar el campo electromagnético en su conjunto.

Todas estas disposiciones (sobre todo esta última del artículo 21) implicaban un absoluto menoscabo de la soberanía nacional de la *República Federal Yugoslava*, incluyendo la actuación de la OTAN al margen del propio sistema judicial, ya que las detenciones se podían producir por el personal de la OTAN, sin la observancia de las garantías judiciales que pudiera prever el sistema de justicia yugoslavo⁴⁰.

³⁹ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., "Kosovo: todo por el Derecho internacional, pero sin el Derecho Internacional", *Meridiano*, CERI, Agosto 1999, nº 28, p. 69.

⁴⁰ El artículo 20 decía que el personal local eventualmente empleado por la OTAN "*estará sujeto, única y exclusivamente, a las condiciones y términos establecidos por la propia OTAN*" y el artículo 21 afirmaba que la "*OTAN quedará autorizada a detener a personas y a entregarlas lo más rápidamente posible a las autoridades competentes*".

En definitiva, esta redacción resultaba del todo inasumible por la delegación serbia, ya que su aceptación hubiera supuesto la renuncia a una parte sustancial de la soberanía que sobre su territorio y también sobre aspectos decisivos de la administración e incluso de la justicia, de los que cualquier gobierno no puede abdicar respecto de su territorio y sus nacionales.

En las últimas redacciones del documento, incorporadas por EEUU (apenas unas horas antes del final de la conferencia) se preveía que, después de tres años, se celebraría una conferencia internacional para deliberar sobre una solución definitiva para Kosovo, basada en la voluntad de sus ciudadanos, la opinión de las autoridades competentes y el esfuerzo de las dos partes, en cuanto a la puesta en práctica del acuerdo y el acta final de Helsinki.

Todas estas condiciones, elaboradas e impuestas con el afán de superar los errores de indefinición y las lagunas detectadas en *Dayton* (y para satisfacer los intereses de la política exterior de los EEUU) venían a instaurar, especialmente a través de los anexos incorporados a última hora por EEUU, una ocupación *de facto* por fuerzas de la OTAN, no solamente del territorio de la provincia de Kosovo, además de asumir el control sobre aspectos clave de la seguridad de Serbia, con impunidad legal para sus tropas.

El documento, tal y como se presentó, fue rechazado por ambas partes. En el caso de los albanokosovares, por no incluir una referencia expresa a la celebración de un referéndum de autodeterminación después de los tres años de “tutela” internacional y por exigir el efectivo desmantelamiento del UÇK; y en el caso de los serbios, sobre todo, por el contenido del capítulo séptimo y sus famosos anexos, al considerar que menoscabada su soberanía nacional.

Tomando en consideración el rechazo de las dos partes, los organizadores decidieron darse un período de reflexión de tres semanas, tras el cual se

reanudarían las negociaciones en París. En su segunda ronda de sesiones, la parte Serbia se negó en rotundo a firmar el documento. En cambio, la parte albanokosovar, presionada por los Estados Unidos acabó cediendo y accedió a la firma del documento que se produjo finalmente en Clébert, el 23 de febrero de 1999. Como consecuencia, los EEUU culparon a los serbios de negarse a una solución negociada al conflicto y se consideraron legitimados para forzar el inicio de la operación militar de la OTAN. Así pues, de modo paralelo a como ya se había perfilado en Bosnia con ocasión del *Tratado de Dayton*, la OTAN se encargó de llevar a cabo las acciones militares y la UE de poner en marcha las tareas humanitarias y de las consecuencias económicas de la guerra.

Tal vez en ese momento no parecía posible otra solución que la adoptada en *Rambouillet*. En todo caso, después de iniciarse los bombardeos, en marzo de 1999, la UE confirmó en una declaración del Consejo Europeo en Berlín (en la que apoyó la intervención militar de la OTAN) que el cese de los bombardeos se hallaba subordinado a la aceptación por Serbia del documento de Rambouillet.

¿Qué puede concluirse de la Conferencia de Paz de Rambouillet? Pues que, si bien no consiguió detener el conflicto, al menos estableció un importante precedente en la política exterior y de seguridad de la UE que, por primera vez y a título institucional, se expresó con una sola voz. Es decir, se consiguió una actuación diplomática conjunta y unitaria de la UE, de manera que se forzó a los EEUU a plantear una negociación previa a la acción militar (los EEUU no querían) y a que la voz de la UE, a partir de ese momento, no fuera ignorada por la política exterior estadounidense. Como es bien sabido, a partir del cese de las hostilidades, el protagonismo en la zona lo tiene en exclusiva la UE, tanto en el ámbito político como en el de la ayuda humanitaria, convertido en el principal donante de Kosovo.

3.3. La acción militar de la OTAN y su cuestionada legitimidad

Tras el fracaso de *Rambouillet* y la inacción del Consejo de Seguridad, bloqueado por el veto ruso y chino, la UE y la OTAN, definiendo el conflicto como de *interés regional*, tomaron la iniciativa de desarrollar una actuación militar encabezada por la OTAN para hacer cesar la violencia y establecer una hoja de ruta hacia la paz, la cual preveía *inter alia* la renuncia a la independencia por parte del ELK, otorgar un estatuto de autonomía a Kosovo y poner fin a la limpieza étnica que se estaba llevando a cabo⁴¹.

Con no pocos reparos e incidentes⁴², el 24 de marzo de 1999 se iniciaron los bombardeos de la OTAN sobre objetivos militares en Serbia que duraron hasta el 10 de junio de 1999. El bombardeo sistemático del territorio yugoslavo durante 78 días arrojó un saldo de medio millar de civiles muertos y centenares de heridos; asimismo, se causaron enormes daños materiales, valorados en miles de millones de dólares, en propiedades públicas y privadas⁴³. Adicionalmente a la destrucción de importantes bienes de infraestructura civil, también hubo ataques dirigidos contra objetivos no militares, como los perpetrados contra la embajada china en Belgrado, un tren de pasajeros en Grdelitsa y un convoy de refugiados, entre otros⁴⁴. Los ataques se dirigieron

⁴¹ Véase la RESOLUCIÓN OTAN AR-298-SA/98.

⁴² Los aviones norteamericanos bombardearon “por error” la Embajada China en Belgrado o cómo los mismos aviones atacaron convoyes de refugiados confundidos con soldados serbios (DE CUETO, C. y DURÁN, M., *El conflicto de Kosovo, un escenario de colaboración de actores civiles y militares*, cit., p 49-52).

⁴³ Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia (<http://www.icty.org/sid/10052>)

⁴⁴ La descripción de los bienes civiles y la protección de los mismos, se encuentran en los artículos 52 del Protocolo Adicional I y 53 del *IV CONVENIO DE GINEBRA*, respectivamente.

también contra bienes culturales y religiosos, especialmente en contra de monumentos, iglesias y monasterios ortodoxos⁴⁵. Por otra parte, al finalizar la guerra, aún en presencia de fuerzas pacificadoras de la OTAN, se efectuaron acciones de limpieza étnica en contra de la población no albanesa por parte del ELK a través de matanzas, secuestros y expulsiones. En este sentido, Ana Trbovich recrimina a la OTAN en los siguientes términos: “*NATO did not intervene to stop the widespread grave violations of international criminal law. Instead, by removing the observers and late by not providing a more robust enforcement, NATO allowed first the FRY and the KLA to commit such violations. The halt of subsequent ethnic cleaning by the Yugoslav forces cannot retroactively provide a justification for the intervention because its occurrence without intervention cannot be proven*”⁴⁶.

Tras ello, Serbia cedió y retiró sus tropas de Kosovo. Milošević se convenció de que la OTAN estaba resuelta a acabar con el conflicto de un modo u otro y que Rusia no intervendría en su apoyo. Con tan pocas alternativas, aceptó las condiciones ofrecidas por el equipo mediador de Finlandia-Rusia y permitió la presencia militar dentro de Kosovo de tropas de la OTAN, pero lideradas por la ONU⁴⁷. En concreto, el *Acuerdo Técnico Militar* (MTA) fue firmado en Kumanovo (Macedonia) el 9 de junio de 1999, a partir del documento presentado por el presidente finlandés Martti Ahtisaari (enviado de la UE) al presidente serbio Milošević. El Acuerdo, ratificado por el Parlamento Federal y

⁴⁵ Respecto al régimen de estos bienes, véase el artículo 53 del *PROTOCOLO ADICIONAL I y LA CONVENCIÓN DE LA HAYA* de 1954.

⁴⁶ TRBOVICH, A.S., *A Legal Geography of Yugoslavia's Disintegration*, cit., p.354

⁴⁷ DE CUETO, C. y DURÁN, M., *El conflicto de Kosovo, un escenario de colaboración de actores civiles y militares*, cit, p. 59-65; GIRÓN, J. y PAJOVIC, S. (eds.), *Los nuevos Estados de la antigua Yugoslavia*, Universidad de Oviedo, 1999; *HUMAN RIGHTS IN YUGOSLAVIA 1999*, Belgrade Centre for Human Rights, Belgrado, 2000, ORTEGA TEROL, J.M., *La Intervención de la OTAN en Yugoslavia*, cit., p. 69-82.

el Parlamento serbio el 3 de junio, incluía la retirada de todas las fuerzas serbias de Kosovo y el despliegue de la fuerza internacional (KFOR) bajo el auspicio de la ONU.

La intervención militar de la OTAN y los actos posteriores se caracterizaron por su falta de respecto a las normas internacionales del *ius in bello* y de los derechos humanos. Por lo que se refiere al *ius ad bellum*, tampoco fue observado en virtud de que dicho conflicto bélico carecía del aval del Consejo de Seguridad y no encuadraba en ninguna forma lícita del uso de la fuerza conforme a lo dispuesto por los arts. 42 y siguientes de la Carta de la ONU⁴⁸.

En efecto, el 24 de marzo de 1999 la OTAN comenzó el ataque aéreo sobre Serbia sin contar *a priori* con la aprobación ni del *Consejo de Seguridad* de las Naciones Unidas, ni de los Parlamentos de las naciones de los países miembros. Por lo tanto, el amparo legal de la intervención era, como poco, muy dudoso y bastante ambiguo⁴⁹. También debemos resaltar que dos días después de haber comenzado los bombardeos, Rusia y China presentaron ante el Consejo de Seguridad un proyecto que obligaba a la OTAN a parar inmediatamente los ataques contra Serbia y reanudar las negociaciones diplomáticas. Sin embargo, cuando el proyecto fue sometido a votación, el resultado mostró que la mayoría de los países miembros eran favorables a los ataques, por lo que solamente Rusia, China y Namibia votaron la resolución.

⁴⁸ 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", cit., p. 4-8; y RIPOLL, S., "El Consejo de Seguridad y la defensa de los derechos humanos. Reflexiones a partir del conflicto de Kosovo", *REDI* vol. I, (1999) p. 59-87. Sobre esta cuestión, ÁLVAREZ LÓPEZ, E., "La intervención militar de la OTAN en la República Federal de Yugoslavia: La legalidad internacional cuestionada", *Revista de la Facultad de Derecho UCM*, núm. 93 (2000) 9-48.

⁴⁹ IGNATIEFF, M., *Guerra virtual: Más allá de Kosovo*, Paidós, Barcelona, 2003. p 18.

Ciertamente, esto podría interpretarse como “un respaldo mayoritario de los miembros del Consejo de Seguridad a la acción de la OTAN”⁵⁰. Sin embargo, no debe olvidarse que, para que una acción resulte completamente legítima en este ámbito internacional, necesita que todos sus miembros sin excepción la aprueben.

Independientemente de las reticencias que se desataron con la campaña aérea, la OTAN legitimó la intervención en Kosovo alegando el supuesto deber o derecho de “injerencia” en los asuntos internos del Estado Yugoslavo, fundamentado en la defensa de los derechos humanos. Las declaraciones del entonces *Secretario General de la Alianza*, Javier Solana, así lo ratificaron: “No es la OTAN quien viola los principios de la ONU, sino Milošević, a través de su rechazo obstinado a aplicar tres resoluciones sobre Kosovo. Las 19 naciones de la OTAN estiman que la base jurídica internacional de su acción era suficiente en tanto la urgencia de la situación y la catástrofe humanitaria que se anunciaba”⁵¹.

Como algunos acertadamente han señalado: “la intervención de la OTAN en Kosovo se basó en el principio de legitimidad para llegar a donde la legalidad no lo permitía”⁵². Remiro Brotons se refiere a esta guerra como “*la intervención grupal contra la Carta*” y señala que: “En Kosovo la Alianza Atlántica no solo infringió la Carta sin que nadie pudiera protegerla, sino que también ha podido cometer crímenes de guerra (una posibilidad molesta teniendo en cuenta la

⁵⁰ SOLANA, J., “OTAN: le baptême du feu”. *Politique Internationale. Printemps*, nº 83, 1999, p.60

⁵¹ *Ibid.*, p. 62.

⁵² SALAZAR SERANTES, G., “Los actores políticos en la Europa de fin de siglo”, *Hacia un nuevo orden de seguridad en Europa*. Icaria, 1999. p.44.

condición democrática de sus miembros y el apoyo que el bombardeo recibió en sus respectivas opiniones públicas)⁵³.

Como forma de justificar la guerra, los Estados miembros de la OTAN negaron que se tratara de una intervención. Se emplearon términos jurídicamente irrelevantes: “*acción*” u “*operación*”, que pretendían ampararse en la implantación de la ambigua figura de la *intervención o injerencia humanitaria*, que carece de sustento legal internacional⁵⁴.

Lo cierto es que esta acción militar trajo a un ostentoso primer plano mundial el debate sobre la existencia y justificación del (supuesto) principio de *intervención humanitaria*, una de las cuestiones más polémicas y espinosas sobre las que viene caminando el Derecho internacional en estos últimos tiempos, dado que suscita la contradicción entre dos de sus principios fundamentales más sólidos: la soberanía de los Estados y la garantía y defensa de los derechos humanos. No procede entrar aquí en dicho debate; no obstante, después de la intervención militar en Kosovo, la cuestión se ha desarrollado exponencialmente tanto desde el punto de vista teórico doctrinal como desde el punto estrictamente político⁵⁵. En todo caso, lo que sí es un

⁵³ REMIRO BROTONS, A. (et al.), *Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 1288-1290.

⁵⁴ Es interesante observar cómo esta acción de la OTAN replantea su rol original como organización de defensa colectiva entre sus miembros y da un giro hacia un nuevo concepto estratégico de administración de crisis en el ámbito de seguridad internacional en la región euro-atlántica. Para más información sobre esta nueva OTAN, véase: GRAY, C., *International Law and the Use of Force, Foundations of Public International Law*, Oxford University Press, 2004, p. 37-42.

⁵⁵ La intervención de la OTAN en Kosovo generó un movimiento a favor de la denominada *intervención o injerencia humanitaria*. A pesar de las críticas recibidas por parte de un gran sector de la doctrina *iusinternacionalista*, lo cierto es que el «bombardeo humanitario» era visto con buenos ojos por parte de la opinión pública. Occidente, representado por sus dirigentes, sus juristas y sus gentes, veía la intervención humanitaria en Kosovo como una necesidad

hecho es que, después de la intervención en Kosovo, las denominadas *intervenciones humanitarias* se han desarrollado de acuerdo con una política muy selectiva, basada en intereses específicos de los actores más poderosos, en absoluto acordes con lo que debería constituir una norma universal⁵⁶.

La *República Federal de Yugoslavia*, renombrada como *Serbia y Montenegro* en 2001, emprendió ante la *Corte Internacional de Justicia*, el 29 de abril de 1999, sendas acciones contra diez miembros de la OTAN que participaron en la guerra y obtuvo una doble respuesta negativa por parte dicho tribunal. Primeramente, el 2 de junio de 2001, con el rechazo de medidas provisionales en virtud de que no encontró la Corte competencia sobre el caso, y posteriormente, el 15 de diciembre de 2004, mediante la desestimación definitiva del mismo en virtud de considerarlo como no justiciable. Por otra parte, si bien la Corte no se pronunció sobre la legalidad del uso de la fuerza por la OTAN, se mostró profundamente preocupada por el uso de la misma en Yugoslavia, lo cual planteaba, según el tribunal, serias cuestiones de Derecho internacional⁵⁷. Los argumentos presentados por Yugoslavia fueron expuestos en el sentido de que el presunto derecho de intervención humanitaria no tiene

moral. Esa situación generó un gran número de estudios doctrinales en tomo a la figura de la intervención humanitaria, así como la celebración de simposios, conferencias y reuniones. Vid. DE CASTRO SANCHEZ, C., “¿El fin de la soberanía nacional? el derecho de injerencia humanitaria ante los últimos acontecimientos: breves reflexiones”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, p. 113-168; CONSIGLI, J.A., “La intervención humanitaria a la luz del derecho internacional actual”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 3 (2003):155-192.

⁵⁶ Como ejemplo cabe citar el distinto tratamiento con el que la comunidad internacional valoró su intervención (o no) en los países del norte de África con ocasión de la famosa primavera árabe.

⁵⁷ <http://www.icij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=yus&case=114&k=25>; <http://www.icj-cj.org/docket/files/113/8538.pdf>.

amparo en el Derecho internacional y que, aún si este derecho existiera⁵⁸, la campaña de bombardeos aéreos de la OTAN no podría considerarse como tal. Dichas acciones, según Yugoslavia, fueron desproporcionadas alegando la ilegitimidad de que, por el afán de proteger a una minoría en una región determinada, todas las otras comunidades en el resto del país fueran puestas en riesgo por los ataques aéreos. Otra de las argumentaciones se concentró en subrayar que los Estados de la OTAN intervinieron injustificadamente en una guerra civil interna en Kosovo⁵⁹.

Por su lado, los Estados demandados se limitaron a señalar las atrocidades en Kosovo como base para rechazar la adopción de medidas provisionales por la Corte. Bélgica fue más allá e intentó fundamentar legalmente el uso de la fuerza indicando que este estaba basado en resoluciones del Consejo de Seguridad. En esa misma línea, Bruselas se mostró favorable a la intervención humanitaria e indicó que había una obligación de intervenir, con base en las resoluciones del Consejo de Seguridad, para prevenir la catástrofe humanitaria que estaba ocurriendo, a fin de proteger los derechos humanos elementales. En su respuesta, Estados Unidos, sin determinar la legalidad del uso de la fuerza por la OTAN, aportó otra lista de justificaciones: que la acción fue para evitar una catástrofe humanitaria; que había una amenaza a la seguridad de los Estados vecinos; que había una seria violación a los derechos humanos por parte de Yugoslavia; que el Consejo de Seguridad había determinado una

⁵⁸ Para una visión favorable al derecho de intervención humanitaria, vid: REISMAN, M., "Unilateral Actions and the Transformation of the World Constitutive Process: The Special Problem of Humanitarian Intervention", *European Journal of International Law*, vol. 11, Oxford University Press, 2000, pp. 3-18; REISMAN M., "Kosovo Antinomies", *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, pp. 860-863; TESÓN R.F., *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, Nueva York, Transnational Publishers, 2005

⁵⁹ Al respecto de la ilegitimidad de los bombardeos como parte del *ius in bello*, vid. BALLESTEROS, J., *Repensar la paz*, EIUNSA, Madrid 2006, p. 97-121.

amenaza a la paz y seguridad internacionales, y que este había solicitado, de conformidad con el capítulo VII de la Carta, el cese de tales violaciones⁶⁰.

Al término de la guerra, el destino de Kosovo se encaminó hacia una administración internacional (una especie de protectorado de la ONU) sin precedentes en la historia contemporánea. El 6 de mayo de 1999, el *Grupo de los Ocho*, en una reunión ministerial, acordó los principios generales para una solución pacífica a la crisis de Kosovo, en particular los relativos al despliegue de una autoridad internacional civil y de seguridad, respaldada por la ONU, así como una administración provisional, que sería regulada por el Consejo de Seguridad⁶¹. Cabe destacar que el apartado 8 de dicho documento estableció el derecho de la autonomía de Kosovo, en estrecha relación con los principios de soberanía e integridad territorial de la República Federal de Yugoslavia.

4. LA RESOLUCIÓN 1244 (1999) Y LA ADMINISTRACIÓN INTERNACIONAL DE KOSOVO

El pretendido derecho o deber de intervención humanitaria, sin la debida autorización del Consejo de Seguridad, que fue alegado por los Gobiernos intervinientes (y por algunos autores), contradice literalmente las normas establecidas en la *Carta de las Naciones Unidas* relativas a la prohibición de recurrir al uso de la fuerza por parte de los Estados y la exclusiva competencia del *Consejo de Seguridad* para decidir medidas tendentes al mantenimiento de la paz. No obstante, el debate sobre esta cuestión pronto se acalló para este

⁶⁰ Esta postura se basa en la tesis de la *autorización implícita* del Consejo de Seguridad.

⁶¹ S/199/516, 6 de mayo de 1999.

caso concreto por cuanto el Consejo de Seguridad legalizó la presencia militar multinacional mediante su *Resolución 1244(1999)* de 10 de junio de 1999⁶².

Basándose en el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas⁶³ y con el forzoso beneplácito de la RFY, el Consejo de Seguridad de la ONU por medio de la *Resolución 1244 (1999)*, diseñó una administración internacional de transición en Kosovo, sin precisar el destino final de la provincia al término de ese proceso transicional. Esta administración provisional se desplegó de forma bicefálica. Por un lado, una presencia militar, compuesta de efectivos de la OTAN y de terceros países que colaboraban con ella en tareas pacificadoras de la provincia, bajo las siglas de la KFOR; y de otro lado, una presencia civil,

⁶² La cuestión de la legalización de la intervención militar por la *Resolución 1244* ha sido muy discutida por la doctrina internacionalista. La defienden, entre otros, ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., "Kosovo: todo por el Derecho internacional, pero sin el Derecho Internacional", cit., p. 6; en sentido contrario, entre otros, SUR, S., "Aspects de l'intervention au Kosovo", en *Annuaire Français de Relations Internationales* 45 (2000): 163-226.

⁶³ Dentro del Capítulo VII de la CARTA DE NACIONES UNIDAS, que lleva por título "Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión" se encuentra el artículo 39, en base al cual se adopta la *Resolución 1244 (1999)*: "El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. El Art 41 de la Carta de la ONU dice lo siguiente: "El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas. Que actúa en relación al Art 42 de la Carta de la ONU. Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas".

UNMIK (*United Nations Interim Administration Mission in Kosovo*), liderada por el Representante Especial del Secretario General ONU.

En el *Anexo 1* de esta resolución se señalaban los principios generales en los que debía 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 Unidas⁶⁴.

Estos principios se explican más ampliamente en el *Anexo 2*, precisando que la misión de seguridad contará con una participación sustancial de la OTAN y afirmando su expresa aceptación por la parte serbia. Las funciones de la misión de seguridad, de acuerdo con el texto eran: imponer el cese de hostilidades, supervisar la retirada de fuerzas serbias y 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 funciones 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, facilitar un proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo, teniendo en cuenta los acuerdos de *Rambouillet*.

⁶⁴ *CONSTITUTIONAL FRAMEWORK FOR PROVISIONAL SELF GOVERNMENT IN KOSOVO*, United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, UNMIK/REG/2001/ 9, May 15, 2001.

Como consecuencia de esta resolución, en julio de 1999 se establece 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 UNMIK –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 Forces*)⁶⁵. A partir de aquí se dotó a Kosovo de unas instituciones autónomas elegidas democráticamente. El territorio contaba además con un Presidente, un Primer Ministro y un Tribunal Constitucional.

La primera normativa emanada por la UNMIK fue la REGULATION N°. 1999/1, de 25 de julio de 1999. En ese Reglamento la UNMIK asumía toda la autoridad legislativa, ejecutiva y judicial, de forma que podía intervenir y corregir las decisiones de las instituciones autónomas provisionales, cuyas actuaciones no podían afectar a la autoridad y decisiones del Representante Especial en tanto que responsable de garantizar la plena aplicación de la Resolución 1244 (1999)⁶⁶. Desde ese momento, y a lo largo de los ocho años que duró el mandato de UNMIK, recurriendo a “*Regulations*” (para las materias más trascendentes) y a “*Administrative directions*” (para las cuestiones de administración ordinaria) la UNMIK fue vertebrando la gobernabilidad de la provincia, y traspasando paulatinamente gran cantidad de competencias administrativas a las instituciones provisionales de autogobierno vigentes en cada momento.

⁶⁵ 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. TAIBO, C., *Para entender el conflicto de Kosova*, cit, p. 55-67.

⁶⁶ Véase letras a) y e) del párrafo 11 de la *Resolución 1244 (1999)*.

En este sentido resulta paradigmática la *Regulation N.º. 2001/9*, de 15 de mayo, por la que se estableció un Marco Constitucional para el Autogobierno provisional de Kosovo⁶⁷. Esta “*Regulation*” desempeñaba el mismo papel que una Constitución al uso y pretendía establecer una estructura política y administrativa básica de la que pudieran emerger instituciones destinadas a vertebrar el territorio en un futuro pacificado, desde una concepción multiétnica. Este texto constitucional singular establecía una Asamblea, con 120 escaños, distribuidos proporcionalmente según la realidad étnica del país: 100 escaños en proporción territorial y los otros 20 reservados de para las minorías no albanesas (10 para serbios y 10 para miembros de otras minorías, como gitanos, bosniacos o turcos).

La “*Resolution*” contemplaba también la figura de un Presidente de Gobierno de Kosovo, asemejándose a la figura de un Presidente de la República, sin facultades ejecutivas, que recaían en el Gobierno, bajo la tutela del Representante Especial del Secretario General de la ONU, en cumplimiento de la Resolución 1244 (1999).

El Gobierno contemplaba la figura de un Primer Ministro y debía contar con, al menos, dos ministros, que no pertenecieran a la etnia que ostentara mayoría de miembros en la Asamblea (la comunidad albanokosovar), además de que uno de ellos habría de pertenecer la comunidad serbia de Kosovo. Un tercer ministro de etnia minoritaria se debía añadir al gabinete si este contaba con más de 12 miembros. La elección del Primer Ministro seguía los estándares habituales de las Constituciones occidentales: propuesta del Presidente e investidura por la Asamblea legislativa. El Primer Ministro designaba el gabinete.

⁶⁷ UNMIK/REG/2001/9-15 May 2001. (on line): <http://www.unmikonline.org/constframework.htm>

El diseño institucional se completaba con un poder judicial independiente constituido por un Tribunal Supremo de Kosovo, Tribunales de Distrito, Juzgados Municipales y Juzgados de Faltas. Se instituía también un Tribunal Supremo sobre Asuntos relativos al Marco Constitucional (una suerte de Tribunal Constitucional) al que se le asignaban las tradicionales competencias de esta clase de órganos (recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencias entre instituciones provisionales de autogobierno, aunque no se preveían recursos de amparo).

Finalmente, también se establecía la figura del ‘defensor del pueblo’, a imagen de las Constituciones occidentales, para garantizar el buen desarrollo de las relaciones entre la administración y los administrados.

Como ya hemos advertido, las Instituciones Provisionales de Autogobierno estuvieron siempre sometidas a la autoridad del Representante Especial del Secretario General de la ONU, para asegurar la plena implementación de la *Resolución 1244 (1999)*, pudiendo este en todo momento adoptar las medidas necesarias para rectificar o invalidar cualquier decisión que pudiera contravenir lo dispuesto en ella o no ser acordes con el Marco Constitucional. Tampoco el desarrollo de estas instituciones de autogobierno afectaba a la autoridad de la KFOR en orden a ejecutar su cometido de conformidad con la Resolución 1244 (1999) y con el Acuerdo Técnico Militar (Acuerdo Kumanovo)⁶⁸.

En su *Informe* al Consejo de Seguridad (S/1999/779) sobre Kosovo, entregado el 13 de julio de 1999, el Secretario General planteó el desarrollo de la administración internacional de la ONU en la provincia en cinco etapas:

1. En una primera etapa resultaba prioritario consolidar la autoridad de

⁶⁸ Todas estas referencias sobre la composición de los poderes ejecutivo, judicial y legislativo se pueden consultar en *UNMIK/REG/2001/9 de 15 May 2001*, en sus distintos capítulos y secciones. Disponible en: <http://www.unmikonline.org/constframework.htm>

UNMIK y crear las estructuras de administración interina. Elaboración de un plan para la recuperación económica y el desarrollo, con el objetivo de establecer en Kosovo una economía viable y sostenible.

2. Una vez logradas las condiciones de la estabilidad básica, la segunda etapa se dedicaría a garantizar los servicios y las infraestructuras sociales básicas y a la consolidación de las instituciones fundamentales del Estado de Derecho. También se pondrían en marcha los preparativos para la realización de elecciones.
3. La tercera etapa debería hacer énfasis en las elecciones de la "Autoridad de Transición de Kosovo". UNMIK tendrá que asegurar las condiciones necesarias para realizar un registro fiable de votantes y establecer las condiciones indispensables de seguridad para que pudieran desarrollarse las votaciones.
4. En la cuarta etapa, UNMIK supervisaría y ayudaría a los representantes electos de Kosovo para configurar un gobierno democrático y autónomo.
5. Finalmente, UNMIK procedería a la transferencia de competencias y funciones a las instituciones provisionales de Kosovo bajo las condiciones establecidas en el acuerdo político.

A partir de este momento, se puso en marcha un despliegue internacional de colaboración para formación de mandos intermedios, personal administrativo, instrucción de policía, etc. Pero fundamentalmente se movilizaron todos los recursos en el frente humanitario con la presencia de 90 organizaciones no gubernamentales, agencias intergubernamentales y bilaterales. Según ACNUR, se coordinó la ayuda internacional a más de 700.000 refugiados que habían

regresado a la provincia, constatando además que alrededor del 65 % de los hogares kosovares habían sido seriamente dañados o destruidos. En ese mismo sentido se realizaron actuaciones por parte del Banco Mundial y la ONU, a través de las primeras aportaciones de la reunión de países donantes, dotó a UNMIK de un presupuesto inicial de 200 millones de euros para afrontar una primera reconstrucción del territorio⁶⁹.

Como señalaba la *Resolución 1244 (1999)*, el objetivo último de la misión internacional consistía en el traspaso paulatino de todas las competencias detentadas provisionalmente por las organizaciones y/o organismos internacionales a manos de las nuevas autoridades kosovares, con la finalidad de lograr las más altas tasas de autogobierno posibles, dentro de los límites marcados, en último término, por la mencionada resolución. El *Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad*, de 13 de julio de 1999, en sus puntos a) b) y c) resulta inequívoco al respecto, mencionando como prioridad de la Misión internacional “el desarrollo de instituciones de autogobierno en Kosovo” para poder asumir todas las competencias⁷⁰.

No obstante, esta tarea no resultó nada fácil. No solo por la escasa participación de la población kosovar (que desconfió siempre de la tutela internacional), sino porque la coordinación de las diversas organizaciones internacionales implicadas en el gobierno de las distintas áreas (UNMIK, OSCE, ONU, UE, EULEX...), cada una con sus características, sus prerrogativas, sus condicionantes, etc., y sin una jerarquía establecida, resultaba del todo imposible⁷¹.

⁶⁹ DE CUETO, C. y DURÁN, M., *El conflicto de Kosovo, un escenario de colaboración de actores civiles y militares*, cit., p. 24-39.

⁷⁰ El papel y las funciones de la Estructura Administrativa y sus órganos se establecieron en el *REGLAMENTO N° 2000/1*, de 14 de enero de 2000.

⁷¹ *Ibid.* p. 93.

La realidad institucional de la etapa de protectorado de Kosovo podría definirse, en primer lugar, como un “*maremagnum*” normativo constituido por la legislación de la antigua Yugoslavia, la de la antigua autonomía kosovar, la nueva del protectorado internacional, junto a la de los inicios de las transferencias a las nuevas instituciones de autogobierno. En segundo lugar, como un *vacío administrativo*, debido a la falta de un cuerpo de funcionarios públicos autóctono y adecuado (ya que solo hubo presencia de funcionarios internacionales, sin que se proveyera a su progresiva sustitución). Y, en tercer lugar, como un ámbito de corrupción. La consecuencia de todo ello supuso una falta de eficiencia en la gestión y en el desarrollo de las instituciones propias kosovares y un desapego absoluto de la sociedad civil de Kosovo hacia ellas, a pesar de las sucesivas elecciones legislativas celebradas en 2000, 2003 y 2007 antes de la declaración de independencia⁷².

5. EL DEBATE SOBRE EL FUTURO ESTATUS DE KOSOVO

Paralelamente al establecimiento y desarrollo del protectorado internacional, los actores internacionales debatieron intensamente sobre las posibles alternativas tendentes a configurar un estatuto definitivo para el futuro de Kosovo. Es interesante considerarlas puesto que revelan los intereses en juego dentro del contexto europeo y mundial.

5.1. Un nuevo estatuto de autonomía para Kosovo

La propuesta, aparentemente más sencilla y más conservadora, era desarrollar un nuevo *Estatuto de Autonomía* para Kosovo, incluyendo en él las

⁷² *Ibíd.*, p.136.

prerrogativas que perdió en 1989, pero manteniendo el territorio vinculado políticamente a la República de Serbia, que ya era, en ese momento, un estado independiente, después de la disolución de la última Yugoslavia en 2006. Obviamente, esta fue la solución que siempre propugnó Serbia desde el principio del conflicto y sobre la que siempre estableció la base de su negociación de paz: respetar la integridad de Serbia y aceptar su soberanía sobre el territorio kosovar. Pero esta opción, como también resulta evidente, planteaba un problema de difícil solución: era rechazada de plano por los líderes albaneses de Kosovo y tampoco contaba con el apoyo de la población kosovar. La razón alegada era fácilmente comprensible: la provincia ya tuvo durante mucho tiempo este estatus, y nunca se garantizaron los “derechos nacionales y cívicos” de los albanokosovares y de otras minorías, que fue lo que acabó desembocando en el conflicto armado; un conflicto que difícilmente se arreglaría devolviendo la situación de los actores a la casilla de salida. Sería tanto como una vuelta de Kosovo al dominio de Serbia, después de 8 años de vida independiente de ese poder.

En todas las negociaciones (incluida la fase final de Viena, en febrero de 2007, antes de la DUI) la delegación serbia mantuvo su rechazo a cualquier propuesta que no preservase la integridad territorial de Serbia; es decir, aceptaba una “autonomía sustancial”, elevando incluso las competencias de autogobierno que tuvo Kosovo, en su antiguo estatuto de autonomía⁷³. Pero esta solución ya resultaba de imposible aplicación práctica. Las instituciones de autogobierno que, bien o mal, se habían desarrollado en Kosovo bajo el protectorado internacional, ya no podían someterse a la autoridad serbia, por

⁷³ El artículo 180 de la *CONSTITUCIÓN DE SERBIA* de 2006, literalmente indicaba que; “La autonomía sustancial de la Provincia Autónoma de Kosovo y Metohija será regulada por una Ley Especial que será acordada de acuerdo a los procedimientos previstos a tal efecto en la Constitución”.

mucha autonomía que se le otorgara a la región. Por otra parte, la expectativa de conseguir un auténtico autogobierno, que el propio proceso había ido inculcando en la población albanokosovar (aunque fuera bajo la supervisión de la UNMIK) hacía impensable devolver a Serbia el control sobre la provincia. Así lo constató en su informe del delegado de la ONU Martii Ahtisaari (como veremos a continuación), dando pie a entender que la comunidad internacional optaba por la independencia, lo cual no era cierto.

En definitiva, la turbulenta historia de lucha, enemistad y desconfianza entre serbios y kosovares, unido al hecho de la separación forzada de ambas poblaciones durante ese período, unido a las consecuencias de un enfrentamiento armado, hacía absolutamente inviable cualquier solución que significara el retorno de Kosovo a la órbita de poder de Serbia.

5.2. La integración de Kosovo en una nueva 'Yugoslavia federal'

También se barajó la posibilidad de que Kosovo pudiera integrarse en pie de igualdad con Serbia y Montenegro en una nueva 'Yugoslavia federal'. Esta idea, que hoy puede aparecer como disparatada, se estuvo barajado en distintos foros que la consideraban como el modo más eficaz de lograr la "cuadratura del círculo": mantener a Kosovo fuera del control de Belgrado, sin que ello alterase las fronteras internacionalmente reconocidas de la República Federal Yugoslava.

La independencia de Montenegro representó la muerte del proyecto de la "Gran Serbia", puesto en marcha a partir del 2001. Serbia nunca quiso renunciar a Kosovo, ni Kosovo quiso formar parte de Serbia (ni siquiera como parte de una federación). Pero la realidad es que Montenegro tampoco quería ser la última de las tres repúblicas de esa hipotética federación. Así las cosas, una relación

de fraternidad entre estos tres actores resultaba poco menos que el sueño de una noche de verano.

Los acuerdos firmados entre Serbia y Montenegro, el 14 de marzo de 2002, solo dieron lugar a una “unión de papel” en la que incluso la Carta Constitucional creada al efecto contemplaba la posibilidad de decidir entre la secesión o el mantenimiento de la unión, pasados tres años. En otras palabras, la independencia de Montenegro era una realidad preanunciada como resultado de la absoluta hegemonía de las fuerzas nacionalistas montenegrinas (encabezadas por el excomunista Djukanovic), que siempre plantearon la opción independentista al no sentirse vinculados al nacionalismo serbio, que nunca disimuló su marcado carácter etnicista⁷⁴.

El resultado del referéndum de independencia de Montenegro, aun con un estrechísimo margen (55,5% de los votos, superando el mínimo del 55% establecido por la UE para validarlo), resultó favorable a esa pretensión y, lógicamente, estaba predestinado a tener consecuencias también respecto al futuro de Kosovo. En efecto, los albanokosovares no se conformarían con una solución diferente de la independencia una vez aceptada la de Montenegro. Así pues, la secesión montenegrina no solo puso el punto y final al sueño de la Gran Serbia y al hipotético nuevo estado federal yugoslavo, sino que representó un precedente difícilmente eludible para el futuro estatus de Kosovo. Desde la óptica de los nacionalistas kosovares, la UE había aceptado que se ejercitara el derecho de libre determinación, algo que iban a reivindicar en su caso para hacer realidad su secesión frente a Serbia⁷⁵.

⁷⁴ RUBIO PLO, A.R., “Muerte de una unión de papel y expectativas para los nacionalismos”, *Real Instituto Elcano*, ARI N° 62, de 26 de mayo de 2006, p. 12.

⁷⁵ Serbia, a partir de la auto-declaración de independencia de Kosovo, ha pasado del proyecto de la “Gran Serbia” a ver reducidas sus fronteras a las existentes en 1912, con el riesgo (no

Como también resulta fácil de imaginar, tampoco por parte de Serbia se aceptó nunca la solución de un Estado federal formado por los tres territorios (Serbia, Montenegro y Kosovo), en paridad de condiciones, sobre todo en lo referido a Kosovo, considerado como el “crisol de la nación serbia” y, por tanto, considerado siempre y absolutamente parte indisoluble de Serbia⁷⁶. De ahí que la opción de la integración de Kosovo en una Serbia federal, como solución al futuro estatus de Kosovo, resultó inconcebible en su planteamiento teórico e inviable en su realización práctica.

5.3. La partición étnica de Kosovo

También esta opción estuvo presente en la mente de los negociadores y del *Grupo de contacto*. No obstante, siempre se consideró como una alternativa indeseable en sí misma, que solo podría plantearse en el caso de que fallaran todas las demás soluciones posibles. Lógicamente, era una opción que Serbia consideraba como “mal menor” en comparación con una posible independencia de Kosovo.

La propuesta consistía en llevar a cabo una división del territorio, delimitando zonas étnicamente homogéneas (básicamente las áreas de mayoría serbia y las de mayoría albanokosovar) con el fin de conceder la independencia a estas últimas e integrar a las primeras bajo la soberanía de Serbia. La propuesta no era novedosa ni original, pero se propugnaba por parte de muchos como “un compromiso de justicia histórica y étnica, que representaría un final racional

descartable en absoluto) de aumento de las tensiones en las zonas de influencia musulmana de Sandzjak o en las de Vojvodina, con importante presencia magiar.

⁷⁶ RUBIO PLO, A.R., “Muerte de una unión de papel y expectativas para los nacionalismos”, cit., p. 18.

para un siglo de enfrentamientos”⁷⁷. Y, en efecto, los sucesivos gobiernos de Serbia, con Djindjic, Zivkovic y Kostunica trabajaron activamente para conseguir que esta fuera la opción posible que evitara la independencia, aunque no se hicieran declaraciones públicas al respecto⁷⁸.

Por otra parte, la opción de la división de Kosovo fue tradicionalmente una de las alternativas preferidas por los extremistas albaneses, como los militantes del ANA (*Albanian National Army*), que veía en ella la coartada perfecta para proponer la partición de otros territorios y realizar el sueño alternativo de una *Gran Albania* con la incorporación a Albania de las zonas serbias de Presevo y Bujanovac, partes de Macedonia y Montenegro. No obstante, esta corriente carecía de respaldo en Kosovo, cuyos líderes siempre se manifestaron a favor de un estado multiétnico con identidad propia. Algo que siempre dejaron claro en todas las negociaciones en las que participaron. De hecho, en 2005, el *Grupo de Contacto*, la OTAN y la UE expusieron explícitamente que la opción de la partición de Kosovo no constituía una alternativa en la resolución del estatus de Kosovo⁷⁹. La aceptación de la teoría del ‘mal menor’ hubiera supuesto, de facto, para Kosovo una nueva inestabilidad dado que esas fronteras étnicas estaban muy lejos de estar perfectamente delimitadas y las reivindicaciones de otros territorios colindantes sobre ellas hubieran sido

⁷⁷ Ya en la década de los setenta se propuso esta posibilidad: Cosic, Dobrica, *Kosovo*, Belgrado, 2004, p. 255 ss.

⁷⁸ Vid. Europe report nº 182 de 14 de mayo de 2007, del *INTERNATIONAL CRISIS GROUP*, “No good alternatives to the Ahtisaari plan”. Por parte de Serbia, el “Centro de Coordinación para Kosovo y Metohija” (organismo oficial del gobierno serbio encargado para los asuntos de Kosovo) trabajó en la creación de infraestructuras en aquellas áreas susceptibles de ser divididas y anexionadas por Serbia, como un argumento más para tener el control sobre esos territorios. Vid. EUROPE REPORT nº 182, de 14 de mayo de 2007, del *INTERNATIONAL CRISIS GROUP*, “No good alternatives to the Ahtisaari plan”.

⁷⁹ “Guiding Principles of the contact group for a settlement of the status of Kosovo”, de octubre de 2005. Vid. www.unosek.org/unosek/en/docref.html

inevitables. De ahí que siempre barajaran la opción de una autonomía amplia para los serbios del norte, pero conservando la integridad territorial de Kosovo.

Aunque a raíz de la posterior independencia, la partición de Kosovo ha perdido sentido en cuanto a solución política, no podemos desconocer que la realidad social del territorio es de absoluta división geográfica, social, económica y cultural entre los enclaves serbios y los albanokosovares. Las zonas o enclaves serbios (al norte del río Ibar) de facto son Serbia; es decir, rigen las leyes de Serbia, se comercia con moneda serbia (el dinar), los automóviles circulan con matrículas proporcionadas por Belgrado, en las escuelas se estudia en el idioma serbio, se rotulan los comercios en caracteres cirílicos y, a todos los efectos, la independencia de Kosovo no se ha producido. La realidad es que las autoridades kosovares “miran para otro lado”, evitando generar nuevas ocasiones de conflicto. Se respetan las minorías serbias y sus costumbres (sin duda la todavía importante presencia de la KFOR en los enclaves serbios contribuye a ello), si es que en ese territorio al norte del Ibar puede hablarse ya de minoría, puesto que ahí ya no vive ningún albanokosovar.

En definitiva, si bien la hipotética partición de Kosovo ya no parece una opción para la comunidad internacional, la realidad constata que esa partición se ha consumado en el nuevo Kosovo como un hecho social, económico y político; de manera que haberla adoptado en su momento, o volver a plantearla ahora, resultaría plenamente coherente, siempre que el principio sobre el que dicha opción se fundamenta sea garantizar territorialmente las identidades étnicas. No obstante, esto supondría la consagración del fracaso en la línea de reconstruir una convivencia entre las etnias.

5.4. La posible 'independencia bajo tutela internacional' de Kosovo

La propuesta de independencia como solución al conflicto de Kosovo siempre estuvo encima de la mesa para la comunidad internacional, como una solución final del conflicto que (aun sin quererlo de facto) cada vez se presentaba como más imperiosa e inevitable. La historia reciente y la realidad inevitablemente bélica de la provincia no parecían dejar otra salida para cerrar el secular contencioso entre serbios y albanokosovares. Las razones que justificaban el recurso a la independencia de Kosovo como única solución definitiva del conflicto podrían sintetizarse así:

- a) Que las partes jamás tuvieron la voluntad de llegar a un acuerdo sobre el futuro estatus de Kosovo, por su obstinada negativa a variar un ápice sus posiciones de partida. El informe Ahtisaari lo constataba con crudeza: "por muchas conversaciones que se celebren, cualquiera que sea el formato, nunca será posible salir de un punto muerto".
- b) Que se imponía como perentorio hallar una solución definitiva al problema. Recordemos que desde la resolución 1.244 de 1999, transcurrieron 8 años largos hasta que se produjo la DUI por parte de Kosovo. El prolongarse de la incertidumbre constituía un grave obstáculo para el desarrollo democrático, la consolidación de instituciones, la recuperación económica y, sobre todo, la reconciliación interétnica dentro del territorio.
- c) La absoluta inviabilidad de una hipotética reintegración de Kosovo bajo soberanía Serbia.

No obstante, la solución se ponderaba revestida de todas las precauciones posibles para evitar un rebrote indirecto de las reivindicaciones secesionistas de otros territorios (particularmente en Europa). De ahí que se barajara una

singular forma jurídica: “Independencia bajo supervisión internacional”. Desde esta perspectiva, la solución definitiva del avispero balcánico a través de una independencia para Kosovo comenzó a diseñarse en el denominado “*Plan Ahtisaari*”, que analizaremos a continuación, y que dejaba entrever una ‘independencia *tutelada*’, planteando la creación de un Kosovo independiente con limitaciones temporales al ejercicio pleno de la soberanía nacional. Básicamente se planteaba una tutela provisional de las instituciones, a cargo de la ONU, durante un periodo de tiempo, hasta que la Comunidad Internacional entendiera que se había alcanzado la “madurez” política suficiente como Estado, al menos para poder garantizar una convivencia pacífica entre las etnias, un desarrollo económico viable, etc.

Lo que se pretendía evitar con esta singular modalidad de ‘nuevo estado independiente tutelado’ era, precisamente, lo que finalmente aconteció: una declaración unilateral de independencia por parte de las autoridades kosovares, motivada por el hartazgo que entre la población había creado casi un decenio de “ocupación” internacional y meses interminables de negociaciones estériles. Y, junto a ello, la creciente esperanza de que la “ocupación” internacional no podía acabar en devolver las cosas a su estadio anterior. Nadie en Kosovo aceptaría, bajo ningún concepto, someterse de nuevo a la soberanía de Serbia, ni siquiera bajo las más altas cotas de autonomía y autogobierno.

Con todo, el horizonte de una declaración unilateral de independencia de Kosovo, a finales del 2007, era la opción con mayores posibilidades de realizarse de entre las soluciones que se manejaban. Las declaraciones de los líderes albanokosovares en esa época dejaban poco lugar a dudas al respecto. No obstante, la comunidad internacional (y especialmente el *Grupo de Contacto*) estuvo siempre convencido de que una declaración unilateral de

independencia de Kosovo, por parte de la mayoría albanokosovar, no supondría el desencadenamiento de una nueva crisis bélica (la presencia de la UNMIK en la provincia garantizaba el control militar absoluto de la zona). Ciertamente, podrían darse actos aislados de violencia interétnica, pero nada que pusiera en riesgo la estabilidad del territorio.

Quizá, el único escollo de esta solución radicaba en la resistencia de la UE y los EEUU a tener que reconocer –sin el consentimiento de Rusia– a un Kosovo independiente (cosa que luego se produjo) sin mayores aspavientos. Por su parte, Serbia siempre se manifestó contraria a esta posibilidad, pero sus amenazas no se cumplieron y hoy día mantiene relaciones diplomáticas con todos los países que han reconocido a Kosovo y pretende ingresar en la UE.

6. EL 'INFORME AHTISAARI'

El 14 de noviembre de 2005, el ex primer ministro finés, Martti Ahtisaari, fue designado por el secretario general de la ONU, Kofi Annan, como enviado especial para las negociaciones del futuro estatus de Kosovo, que se iniciaron el 20 de febrero de 2006. En el lapso de un año, se llevaron a cabo diversas rondas de negociaciones en torno a los temas de descentralización, derechos comunitarios, patrimonio religioso y cultural, así como en cuestiones económicas. Como era de esperar, serbios y kosovares diferían sustancialmente; mientras los primeros estaban dispuestos a devolver cierta autonomía al territorio, los segundos no aceptaban nada menos que la independencia⁸⁰.

⁸⁰ El propio primer ministro Kostunika, en el debate del Consejo de Seguridad sobre el futuro de Kosovo, reiteró la posición serbia en el sentido de que concedería a esta provincia “el más alto grado de autonomía” pero no la independencia.

6.1. El contenido del plan

En su calidad de “enviado especial para Kosovo” después de 14 meses de negociación, Ahtisaari concluyó que las partes no habían sido capaces de alcanzar un acuerdo sobre el futuro estatus de Kosovo y que se había agotado toda posibilidad de lograr cualquier resultado mutuamente aceptable. En marzo de 2007 remitió un informe al *Consejo de Seguridad* (14 artículos y 12 anexos) recomendando la independencia del territorio supervisada por la comunidad internacional. A través de ello, según Ahtisaari, la secesión de Kosovo traería prosperidad a la región⁸¹. Los puntos clave de ese informe eran los siguientes⁸²:

- a) Se han agotado las posibilidades de que las negociaciones den un resultado mutuamente aceptable para las partes.
- b) Es urgente encontrar una solución definitiva para el estatuto de Kosovo, pues la incertidumbre sobre el mismo se ha convertido en un problema añadido para su desarrollo democrático, la recuperación económica y la reconciliación interétnica⁸³.
- c) Una vuelta a la autoridad de Serbia en Kosovo no sería aceptable para la inmensa mayoría de su pueblo. La autonomía de la provincia dentro

⁸¹ AMNISTÍA INTERNACIONAL no compartió ese entusiasmo e hizo manifiesta su inquietud: “that an imposed solution would exacerbate the already heightened tensions within Kosovo, and may lead to further violations of human rights”. *AMNESTY INTERNATIONAL PUBLIC STATEMENT, “Kosovo (Serbia): Need to Consult Civil Society and Ensure Effective Protection of Human Rights”*, AI Index: EUR 70/014/2006 (Public) News Service No: 249, September 22, 2006.

⁸² *Report of the Special Envoy of the Secretary General on Kosovo’s future status*, S/2007/168, March 26, 2007.

⁸³ S/2007/168 cit., párrafos 4 y 5.

de Serbia es una opción indefendible, pero tampoco se sostiene la de seguir con la administración internacional, pues la Misión de Naciones Unidas para Kosovo ha sido incapaz de generar una economía viable⁸⁴.

- d) La única alternativa realista es la independencia de Kosovo supervisada y apoyada por una presencia civil y una presencia militar internacionales que tengan, en uno y otro caso, competencias “considerables”⁸⁵: el representante civil internacional, que al mismo tiempo será representante especial de la UE y se designará por un Grupo Directivo Internacional, no tendrá intervención directa en la administración de Kosovo pero sí importantes facultades correctoras (como “anular las decisiones legislativas aprobadas por las autoridades de Kosovo y la facultad de sancionar o deponer a funcionarios públicos cuyos actos considere incompatibles con el Acuerdo sobre el Estatuto de Kosovo”); la Presencia Militar Internacional será una misión militar dirigida por la OTAN, aunque se pedirá también a la OSCE que preste también su asistencia en la aplicación del Acuerdo⁸⁶.
- e) Una vez que entrara en vigor el Acuerdo, habría un período de transición de 120 días y en un plazo de nueve meses desde el inicio de su vigencia se celebrarían en el país elecciones generales y locales⁸⁷.

En sustancia, el denominado “*Plan Ahtisaari*” (PA) afirmaba que Kosovo debía estructurarse como una sociedad multiétnica, basada en el respeto a la

⁸⁴ S/2007/168, cit., párrafos 7 y 9.

⁸⁵ S/2007/168, cit., párrafo 13.

⁸⁶ S/2007/168 cit. (nota 5), párrafos 11, 13–14 del Anexo (Disposiciones principales de la propuesta integral de Acuerdo sobre el estatuto de Kosovo); S/2007/168/Add.1 cit. (nota 5), anexos IX, X y XI.

⁸⁷ S/2007/168, Anexo, párrafos 15 y 18.

democracia y el Estado de Derecho, garantizando los más altos niveles de protección de los derechos humanos. Asimismo, se apelaba a que Kosovo adoptara una constitución y fuera admitido en las organizaciones internacionales (art. 1 PA).

El Documento preveía también una amplia descentralización, especialmente atenta a las necesidades específicas de autonomía de los serbios de Kosovo. Se dotaba de amplias competencias a los municipios serbios (autonomía financiera y posibilidad de cooperación financiera con las autoridades de Serbia) y se establecían seis nuevas zonas municipales especialmente protegidas, con mayoría de población serbia (Gracanica, Novo Brdo, Klokott, Ranilug, Partes y Mitrovica-Norte). Con esas nuevas zonas se pretendía la salvaguarda de la herencia religiosa y cultural serbia en el interior de Kosovo, evitando que una hipotética política hostil futura pudiera reavivar el conflicto (arts. 2-4 PA).

Como es obvio, el Documento se focalizaba en garantizar la protección de la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de todas las comunidades de Kosovo, reconociendo derechos específicos en relación con la propia identidad histórica y cultural. Entre ellos:

- a) Recibir educación pública en una de las lenguas oficiales de Kosovo a todos los niveles, y a recibirla en su propia lengua, allí donde constituyeran una mayoría suficiente.
- b) Usar el lenguaje y alfabeto propio en sus relaciones con las Autoridades públicas en aquellas áreas donde su comunidad representara una cuota suficiente de la población.
- c) Usar y exhibir los símbolos de su Comunidad.

- d) Registrar los nombres en su forma original.
- e) Garantía de acceso a los medios públicos de comunicación en la propia lengua; crear y usar medios propios de comunicación y reservar frecuencias electrónicas para ello.
- f) Garantía de ser representados en la Asamblea, el Gobierno y la Judicatura.

El Documento atribuía también máxima importancia a asegurar la existencia y el funcionamiento sin trabas de la Iglesia Ortodoxa serbia en Kosovo. Cuestión clave para los serbios por el enorme simbolismo de una amplia red de monasterios ortodoxos en territorio kosovar. Aseguraba que sus bienes serían inviolables y que gozaría de privilegios fiscales y aduaneros.

También se hacía referencia al modelo de sistema judicial que se debía adoptar, apelando a que fuera integrador y garante del carácter multiétnico de la sociedad kosovar. Se arbitraban medidas para conseguir un pronto desarrollo económico y procedimientos especiales para dirimir las previsibles disputas y reclamaciones sobre propiedades tras el conflicto. Se abogaba por continuar con el proceso de privatización, bajo el auspicio de los organismos internacionales. Y se establecían los mecanismos para especificar la parte de la deuda externa de Serbia que le correspondía a Kosovo (arts. 6-9 PA).

Un punto fundamental del Documento radicaba en reconocer y garantizar el derecho de retorno a Kosovo de todos los refugiados y desplazados, así como el derecho a reclamar y recuperar sus propiedades y enseres personales. Se instaba por ello, tanto a Serbia como a Kosovo, a cooperar con la Comisión Internacional de la Cruz Roja para resolver los casos de personas desaparecidas.

Se preveía la creación de un cuerpo de seguridad kosovar (el *Kosovo Security Force*, KSF) compuesto por unos 2.500 efectivos, que debería respetar las características multiétnicas de la sociedad kosovar (desmantelando el entonces existente *Cuerpo de Protección Kosovo*).

La futura presencia internacional en Kosovo descansaba, según se indica en el Documento, sobre tres pilares principales⁸⁸:

1. Un representante civil internacional (ICR). El ICR se configuraba como la más alta autoridad de Kosovo supervisora del desarrollo y ejecución del documento en los aspectos civiles. Para ello se le dotaba de poderes para revocar cualquier acción o decisión tomada por las autoridades kosovares que, a su juicio, resultaran incompatibles con el espíritu o la letra del documento.
2. Una misión policial europea de defensa y seguridad (PSDC), cuya tarea primordial consistía en velar por el cumplimiento de las leyes, en los aspectos de índole penal, de orden público y de seguridad.
3. Una presencia militar internacional (OTAN) para la seguridad y defensa del territorio, en conjunción con el ICR y las propias instituciones kosovares, hasta que estuvieran en condiciones de asumir la responsabilidad en esas materias. Y una supervisión de la OSCE en estos ámbitos.

En definitiva, el *Documento de Ahtisaari* diseñaba una independencia tutelada de Kosovo hasta verificar que se daban las condiciones para confirmar una

⁸⁸ PERRIT, J.R., HENRY H., *The Road to Independence for Kosovo: A Chronicle of the Ahtisaari Plan*, Oxford University Press, 2009, p. 145-153.

independencia real, con el pleno despliegue de la soberanía. El Documento podía considerarse, en rigor, una especie de Constitución 'provisional' para Kosovo, pero con una validez no simplemente provisional puesto que contenía determinados puntos que obligatoriamente debía recoger la futura Constitución soberana del territorio. En este sentido asumía una fuerza normativa muy superior a la de cualquier Constitución⁸⁹.

De acuerdo con el Documento, la futura Constitución de Kosovo, debía contemplar los siguientes aspectos:

- Carácter multiétnico de la sociedad e igualdad de todos sus ciudadanos.
- Ausencia de religión oficial y neutralidad en materia de creencias religiosas.
- Bandera, distintivos e himno serán expresión y reflejo del carácter multiétnico
- Cooficialidad en todo el territorio de Kosovo del albanés y del serbio.
- Derecho a firmar tratados internacionales, a formar parte de Organizaciones internacionales.
- Excluir reclamaciones territoriales frente otro Estado, así como la unión con otro Estado o con parte de otro Estado.
- Promover y facilitar el retorno de los refugiados y desplazados.

⁸⁹ La Constitución de Kosovo, aprobada en 2001, fue efectivamente consensuada entre la UMMIK y el Parlamento kosovar, ajustándose a la Resolución 1244 (1999) y, por tanto, con importantes limitaciones legislativas del Parlamento en cuanto a competencias que ostentaba la UNIMIK.

- Garantizar la debida representación de las minorías en la Asamblea.
- Protección de las minorías en zonas especiales.
- Establecer una Corte Constitucional.

6.2. El calendario de puesta en marcha del Plan

Para la puesta en marcha del Plan, en el propio documento se estableció una especie de calendario, cuyos hitos principales deberían haber sido los siguientes:

1. Una vez aprobado el Plan, se establecía un período de transición de 120 días, durante el cual seguiría vigente el mandato de la UNMIK, aunque el ICR podría recomendar a la UNMIK las acciones que estimara necesarias para el desarrollo y ejecución de lo previsto en el Documento.
2. Un periodo de transición durante la cual la Asamblea de Kosovo, de acuerdo con el ICR, sería responsable de aprobar una Constitución y la legislación necesaria para la ejecución del Documento. Esa nueva Constitución y la legislación consiguiente serían efectivas una vez concluido el período de transición.
3. Finalizado el período de transición, se extinguiría el mandato de la UNMIK y se transferiría toda la autoridad legislativa y ejecutiva a las autoridades de Kosovo.
4. En un plazo aproximado de nueve meses, a contar desde la entrada en vigor del Documento, se realizaría una convocatoria de elecciones generales y locales.

5. El mandato del ICR continuaría hasta que el ISG determinara que Kosovo había cumplido los términos previstos en el Documento.

6.3. Posiciones enfrentadas sobre el Plan

Al promover la independencia de Kosovo ante la ONU, el enviado especial solicitó algo inédito en la historia de la organización: el desmembramiento de uno de sus Estados miembros. La recomendación se justificó alegando que, a lo largo de ocho años de administración de la UNMIK, se habían desarrollado instituciones que habían ido asumiendo gradualmente la responsabilidad de gestión sobre los asuntos públicos, de tal suerte que se descartaba que Serbia volviese a administrar el territorio, debido a que una vez más peligrarían la paz y seguridad en la región. Asimismo, el informe rechazó una administración internacional permanente por considerarla insostenible y, no obstante reconocer avances importantes en lo político, económico y social bajo la UNMIK, consideró que la adopción permanente de esta figura constituiría un obstáculo a la viabilidad y sostenibilidad de la región en detrimento de un proceso aproximativo a la Unión Europea.

Pero la realidad es que el *Informe Ahtissari* no solo se alejaba del espíritu de la *Resolución 1244(1999)* y del mandato conferido, sino que resultaba contradictorio en sus propios términos al proponer, por una parte, la independencia de Kosovo y al reconocer, por otra parte, la incapacidad del mismo para hacer frente, por sí solo, “a los problemas relacionados con la protección de las minorías, el desarrollo de la democracia, la recuperación económica y la reconciliación social”. En su empeño descalificador de otras formas de solución sobre la problemática kosovar y como una forma de salir al

paso del exceso cometido, Ahtisaari insistió en la singularidad y excepcionalidad del problema, afirmando que Kosovo era “un caso especial que requiere una solución especial. No crea un precedente para otros conflictos sin resolver”⁹⁰.

Cinco poderosas razones se esgrimían (desde quienes estaban alineados con Belgrado, en particular Rusia, y desde quienes se alineaban con los estrictos postulados del Derecho internacional) para cuestionar el plan de Ahtisaari⁹¹:

- a) Planteaba conceder soberanía, aunque fuera internacionalmente limitada o tutelada, a un territorio en el que no existía Estado de Derecho, incumpliendo así el mandato de la Resolución 1244 (1999).
- b) El mandato de la Resolución 1244 (1999) rechazaba expresamente la secesión, instando a respetar a Kosovo como parte integrante de Serbia.
- c) El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas carece, según el Capítulo VII de la Carta, de competencias para alterar el estatus territorial de un Estado soberano miembro sin su consentimiento. Adoptar medidas para “el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales” no le faculta para crear o deshacer Estados.
- d) Un nuevo cambio de fronteras iba a promover la desestabilización regional.

⁹⁰ GUTIÉRREZ ESPADA, C. - BERMEJO GARCÍA, R., “Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre su declaración de independencia, su constitución y otras reflexiones”, cit., p. 3-4.

⁹¹ ANGOSO GARCÍA, R., *Kosovo, las semillas del odio: cuando se rompen las fronteras de Europa*, Madrid, Plaza y Valdés, 2009, p. 205-212. Vid. también, CORONA, J., “Estado actual de una balcanización permanente”, en ALGORA WEBER, M.D., *Minorías y fronteras en el mediterráneo ampliado. Un desafío a la seguridad internacional del siglo XXI*, Madrid, Akal 2001, p. 259-273.

e) Iba a suponer un precedente sumamente peligroso.

En sentido contrario, tanto la UE como los Estados Unidos fueron desde el principio los principales valedores de la propuesta de Ahtisaari. Washington incluso amenazó con un reconocimiento unilateral de Kosovo si el Plan no prosperaba (cosa que efectivamente hizo, una vez proclamada la independencia por las Autoridades provisionales de Kosovo). Las razones alegadas por estos actores, propugnando la pertinencia de una 'independencia tutelada' para Kosovo podrían resumirse así:

- a) Necesidad de acceso de Kosovo a los organismos financieros internacionales, lo que permitirá iniciar el proceso de recuperación económica y crear las condiciones para el desarrollo de una economía sostenible.
- b) Necesidad de una presencia internacional (transitoria) para garantizar el carácter multiétnico del nuevo estado y salvaguardar los derechos de las minorías.
- c) Necesidad de apoyo internacional para garantizar que las instituciones públicas funcionen de acuerdo a las reglas del Estado de Derecho y los procedimientos democráticos.
- d) Conveniencia de que Kosovo pudiera integrarse en la Unión Europea.

No obstante, no era unánime el apoyo de todos los estados europeos al plan de Ahtisaari. España, Italia, Rumania o Hungría manifestaron serias reticencias

al respecto, en parte justificadas por problemas secesionistas en sus propios territorios⁹².

6.4. Las negociaciones posteriores y la creación de EULEX

Como era previsible, el Plan elaborado por el antiguo presidente de Finlandia no pudo pasar (lo veremos con más detalle) el control del Consejo de Seguridad. El 20 de julio de 2007 se produjo formalmente su bloqueo ante la amenaza de veto de Rusia, que ya había expresado en multitud de ocasiones que no aceptaría una solución con la que Belgrado no estuviera acuerdo. Para llegar a ella, pidió más tiempo a la comunidad internacional para evaluar a fondo cómo podía cumplirse lo estipulado en la Resolución 1244 (1999).

Las negociaciones entre Serbia y Kosovo prosiguieron, pese a todo, con la formación de una *troika*, auspiciada por el *Grupo de Contacto* y formada por EEUU, la Federación Rusa y la UE⁹³, que ejerció su mediación en las conversaciones entre las partes, tratando de armonizar la Resolución 1244

⁹² La postura oficial de España, en aquellos días, no era definitivamente clara y posteriormente ha sufrido vaivenes en función de quién o qué partido gobernara en cada momento. Formalmente expresaba su respeto a la voluntad mayoritaria de la UE, pero manifestaba su preocupación sobre las posibles repercusiones que la independencia de Kosovo pudiera tener sobre las reivindicaciones nacionalistas existentes en el interior del propio territorio nacional (País Vasco y Cataluña, principalmente) y eso a pesar de defender que Kosovo no era un caso extrapolable a ninguna otra circunstancia o reivindicación parecida, por ser un asunto único y singular dadas sus características y su particular proceso de maduración, con todas esas connotaciones dramáticas que se han venido sucediendo a lo largo de los años. Como es bien sabido, España no ha reconocido al Kosovo independiente (Vid. nota oficial del Ministerio de Asuntos Exteriores).

⁹³ Vid. "S/2005/709" UN.

(1999), las directrices del Grupo de contacto de 2005 y el Plan⁹⁴. Estas conversaciones se prolongaron durante 120 días, período que finalizó el 27 de noviembre de 2007, también sin acuerdo⁹⁵.

A la vista de que había finalizado 2007 y que el Consejo de Seguridad de la ONU no había conseguido reunirse para emitir una Resolución sobre el estatuto definitivo de Kosovo, ya que China y Rusia se negaban a avalar la independencia tutelada del plan Ahtisaari, la UE tomó la decisión de establecer una misión PSDC en Kosovo, sin esperar a que esta resolución se produjera⁹⁶. En efecto, argumentando que la propuesta Ahtisaari preveía una presencia internacional con una amplia intervención de la Unión Europea, el Consejo Europeo aprobó, el 4 de febrero de 2008, dos acciones comunes (supuestamente basadas en la Resolución 1244 (1999)⁹⁷, a saber: la

⁹⁴ DECLARACIÓN DE LOS MINISTROS DEL GRUPO DE CONTACTO SOBRE KOSOVO, de 27 de septiembre de 2007. ANEXO III DE LA CARTA de fecha 10 de diciembre de 2007, dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad de la ONU por el Secretario General. (S/2007/723 UN).

⁹⁵ APÉNDICE A LA CARTA de fecha 10 de diciembre de 2007 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad de la ONU por el Secretario General.

⁹⁶ Mientras que Estados Unidos y la Unión Europea asumen que EULEX se basa en la Resolución 1244, Rusia sostiene que está vinculada a la declaración de independencia y no queda cubierta por el mandato del Consejo de Seguridad. Por ello, al no derivarse expresamente de una resolución del Consejo de Seguridad, Rusia y China consideran a EULEX fuera de la legalidad. Vid. DEWET, E., "The Governance of Kosovo: Security Council Resolution 1244 and the Establishment and Functioning of EULEX", *American Journal of International Law*, vol. 103, nº 1 (2009) p. 83-96.

⁹⁷ Estos eran los párrafos que sirvieron de soporte para ello: --(El Consejo de Seguridad) "decide que las presencias internacionales civil y militar y de seguridad se establezcan por un período inicial de 12 meses, y se mantengan después, a menos que el Consejo de Seguridad decida otra cosa". --(El Consejo de Seguridad) "autoriza al Secretario General a establecer con la asistencia de las organizaciones internacionales competentes una presencia civil en Kosovo, estableciendo entre las principales responsabilidades de esta presencia internacional, en una etapa final, supervisar el traspaso de autoridad de las instituciones provisionales de Kosovo a

designación de un *Representante especial de la Unión Europea* (REUE) y el despliegue de una misión de *Política de Seguridad y Defensa Común* (PSDC)⁹⁸.

Así pues, la Unión Europea resolvió establecer una PSCD denominada *The European Union Rule of Law Mission in Kosovo* (EULEX). La concurrencia de EULEX en la administración en Kosovo no estuvo exenta de problemas de yuxtaposición de poderes y funciones en el ya de suyo complicado escenario kosovar que ya contaba con la presencia de diversas autoridades internacionales, además de las propias de Kosovo e incluso las de Serbia⁹⁹. La página oficial de EULEX describía su naturaleza del siguiente modo:

EULEX es la mayor misión civil establecida por ‘La Política de Seguridad y Defensa Común (PSDC)’ y su objetivo central es asistir y apoyar a las autoridades de Kosovo en materia de Estado de Derecho,

las instituciones que se establezcan conforme a una solución política, y mantener la ley y el orden público, incluso mediante el establecimiento de un cuerpo de policía local, y entre tanto, el despliegue de agentes de policía internacionales”. --(El Consejo de Seguridad) “acoge con beneplácito la labor iniciada por la UE y otras organizaciones internacionales para establecer un criterio integrado para el desarrollo económico y la estabilización de la región afectada por la crisis de Kosovo, incluida la aplicación de un pacto de estabilidad para Europa sudoriental con amplia participación internacional a fin de fomentar la democracia, la prosperidad económica, la estabilidad y la cooperación regional”.

⁹⁸ Véanse acciones comunes 2008/123/PESC y 2008/124/PESC. Art. 1 de la Acción común 2008/123/PESC del Consejo de 4/II/2008, por la que se nombra al representante especial de la UE para Kosovo hasta el 28 de febrero de 2009. DO L 42/88-91 de 16/II/2008 y Acción Común 2008/124/PESC. Esta acción fue aprobada por el procedimiento de abstención constructiva, puesto que todos los Estados miembros la aprobaron por unanimidad excepto Chipre, que se abstuvo, por razones obvias, ya que la parte norte del país se autoproclamó como Estado independiente el 15 de noviembre de 1983, con el nombre de República Turca del Norte de Chipre.

⁹⁹ *Ibidem*.

específicamente en las áreas policiales, judiciales y aduanales. Su misión en Kosovo no es gobernar o mandar. Es una misión técnica que monitoreará, adiestrará y aconsejará al mismo tiempo que retendrá un número ilimitado de poderes. EULEX trabaja bajo el marco general de la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y tiene una cadena de mando unificado en Bruselas¹⁰⁰.

El presupuesto de EULEX, cuyo mandato expiró el 14 de junio de 2012, ascendía a 200 millones de euros en 2010. La mayoría de los miembros de la Unión Europea fueron contribuyentes de EULEX, además de Noruega, Suiza, Turquía y Estados Unidos. Sus oficinas centrales se establecieron en Prístina y 3200 personas (policías, fiscales y jueces), entre extranjeros y locales, prestaron sus servicios en la misión¹⁰¹.

Si bien Serbia se opuso de inicio al establecimiento de EULEX, tras su cambio de gobierno, en 2008, a través de acciones como la entrega del prófugo ex presidente serbio bosnio Radovan Karadzic al Tribunal Penal para la *ex Yugoslavia*, propició su acercamiento a la Unión Europea, consiguiendo que esta aceptara una posición neutral de EULEX sin tener como base el *Plan Ahtisaari*¹⁰².

Dentro de este contexto, el ministerio del interior serbio firmó un protocolo con EULEX sobre cooperación policial en la lucha contra la criminalidad organizada, contrabando, tráfico de personas y cruce ilegal de la frontera (la línea administrativa entre Serbia y Kosovo); sin embargo, el 27 de mayo de

¹⁰⁰ Traducción nuestra, <http://www.eulex-Kosovo.eu/en/info/whatisEulex.php>.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² EU accepts Belgrade's conditions for EULEX, http://sofiaecho.com/2008/11/07/662009_eu-accepts-belgrades-conditions-for-eulex.

2010, el ministro para Kosovo-Metohia, Goran Bogdanovic, puso en tela de juicio dicha cooperación luego de que EULEX prohibiera las visitas no anunciadas de funcionarios serbios a Kosovo-Metohia¹⁰³. Más grave aún fue lo expresado por el enviado de la Unión Europea, Michelle Giffonii, en el sentido de que la cuestión del estatus de Kosovo era un asunto terminado para la Unión¹⁰⁴.

7. LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE KOSOVO

El 17 de febrero de 2008, la *Asamblea de Kosovo*, jurídicamente provincia de Serbia, (antigua Yugoslavia), bajo administración internacional desde 1999¹⁰⁵, declaraba unilateralmente su independencia:

“ 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 una 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

¹⁰³ “Kosovo no se vende, Serbia, El dolor de un pueblo”, <http://www.Kosovonosevende.wordpress.com>, <http://www.2010/05/27/lacooperacion-entre-belgrado-y-la-eulex-en-tela-de-juicio/>

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Recordemos que seguía en vigor la *Resolución 1244* (1999), del 10 de junio, del Consejo de Seguridad, párrafos 1, 5, 9–11.

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 (...).¹⁰⁶

La *Asamblea de Kosovo* que formalizó esa declaración fue elegida el 17 de noviembre de 2007 (las terceras elecciones que se celebraban, tras las de 2001 y 2004, desde la administración por la Organización de Naciones Unidas del territorio). En ellas obtuvo la mayoría simple, con el 34,3% de los votos, el *Partido del Progreso Democrático de Kosovo* (PDK)¹⁰⁷. Hashim Thaçi fue elegido primer ministro el 9 de enero de 2008, con 85 votos a favor y 22 en contra, encabezando un Gobierno de coalición con la *Liga Democrática de Kosovo* (LDK) y algún independiente. Fracasadas las conversaciones que las autoridades serbias y kosovares venían celebrando, con el fin de llegar a un acuerdo sobre el estatuto final del territorio, el Gobierno de Thaçi aprobó la *Declaración de Independencia de Kosovo*, pactada previamente, según afirmaron algunas fuentes, con EEUU y la UE (sin que estas precisen más)¹⁰⁸ y basada en las recomendaciones del enviado especial de Naciones Unidas que

¹⁰⁶ *KOSOVO DECLARATION OF INDEPENDENCE*, párrafo 1 (traducción del texto en inglés de la misma en: http://estaticos.elmundo.es/documentos/2008/02/17/independencia?_Kosovo.pdf).

¹⁰⁷ El PDK fue fundado el 8 de marzo de 1999. Su líder es Hashim Thaçi, antiguo miembro del Ejército de Liberación de Kosovo (UCK), considerada una organización terrorista por el Gobierno de la República Federativa de Yugoslavia y cuya primera acción armada se remonta a 1993.

¹⁰⁸ GUTIERREZ ESPADA, C. - BERMEJO GARCÍA, R., "Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre su declaración de independencia, su constitución y otras reflexiones" *Boletín Elcano* (106).

se incluyen en su Informe al Consejo de Seguridad y en su Propuesta de Acuerdo sobre el futuro de Kosovo¹⁰⁹.

Como hemos visto, la Declaración pretende legitimarse, en primer lugar, aludiendo a que se realiza de conformidad con el contenido del Informe y del Plan Ahtisaari:

“Esta declaración refleja la voluntad de nuestro pueblo y es plenamente acorde con las recomendaciones del enviado especial de las Naciones Unidas, Martti Ahtisaari, y con su propuesta general de establecimiento del estatuto de Kosovo”¹¹⁰.

“Aceptamos plenamente las obligaciones de Kosovo contenidas en el plan Ahtisaari y damos por bueno el marco que propone para guiar a Kosovo en los años venideros”.

En segundo lugar, comprometiéndose a que la futura Constitución del pueblo de Kosovo incorpore igualmente el contenido de dichos documentos:

“tan pronto como sea posible una Constitución [que] incorporará todos los principios pertinentes del plan Ahtisaari”¹¹¹.

En tercer lugar, aceptando la presencia de la OTAN y su autoridad hasta tanto no se creen las instituciones propias del nuevo estado:

¹⁰⁹ INFORME DEL ENVIADO ESPECIAL DEL SECRETARIO GENERAL SOBRE EL ESTATUTO FUTURO DE KOSOVO (S/2007/168, de 26/III/2007), p. 1–9; Propuesta integral de Acuerdo sobre el estatuto de Kosovo (S/2007/168/Add.1), pp. 1–64.

¹¹⁰ DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA, cit., Preámbulo uno.

¹¹¹ DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA, cit., Preámbulo sexto.

*“que la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) conserve el papel de dirección de la presencia militar internacional en Kosovo y que ponga en marcha las responsabilidades que se le asignan en el plan Ahtisaari hasta el momento en que las instituciones de Kosovo sean capaces de asumir dichas responsabilidades”*¹¹².

El texto de la *Declaración de Independencia*, adoptada por los ciento nueve diputados presentes de la Asamblea de Kosovo, con la ausencia de los diez diputados de la minoría serbia¹¹³, como resulta evidente, pone mucho énfasis en transmitir mensajes tranquilizadores a la comunidad internacional y en las cuestiones más delicadas hace gala de una prudencia extrema. Sus puntos fundamentales podrían sintetizarse así:

- a) Declara proteger y defender los derechos de “*todos*” los pueblos de Kosovo (así lo afirma el texto), prometiendo “crear las condiciones necesarias para su participación efectiva en los procesos políticos y de toma de decisiones” y proteger “*los derechos de las comunidades y de sus miembros*”¹¹⁴. Con esta mención expresa a garantizar los derechos de todos, el nuevo Estado parece querer curarse en salud frente a eventuales reclamaciones de independencia de la minoría serbia que habita en su territorio, basadas en el mismo principio que la Declaración alega, habida cuenta de lo que el Derecho internacional exige respecto

¹¹² *DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA*, cit. (nota 2), párrafos 3, 4 y 5.

¹¹³ Lo recordó oportunamente el secretario general de Naciones Unidas, Ban-Ki Moon, en su intervención en la 5839ª sesión, del lunes 18 de febrero de 2008, del Consejo de Seguridad en la que se debatió la Declaración de Independencia de Kosovo (S/PV.5839, p. 2).

¹¹⁴ *Declaración de Independencia de Kosovo*, cit. (nota 2), párrafos 2 y 3.

al derecho de libre determinación de sus pueblos¹¹⁵.

- b) Manifiesta expresamente que la República de Kosovo mantendrá las fronteras internacionales que fija el Anexo VIII del *Acuerdo* propuesto por Ahtisaari¹¹⁶. No temáis, viene a decir, no intentaremos reproducir la Gran Albania, ni tampoco (podría deducirse) nos proponemos intentar un “Gran Kosovo, habida cuenta del tradicional menosprecio que algunos dirigentes kosovares han demostrado siempre por los albaneses¹¹⁷.

- c) Kosovo se compromete a esforzarse por anudar con Serbia relaciones de amistad y cooperación y a promover la reconciliación en el seno de su propio pueblo¹¹⁸. Se reitera aquí el mismo mensaje: trataremos a la minoría serbia como Yugoslavia no nos trató a nosotros. Puede recordarse en este sentido la importancia que Javier Solana, alto representante de la UE para su *Política Exterior y de Seguridad Común* (PESC), otorgó a la idea de promover entre Serbia y Kosovo, si la independencia de la provincia se consolidara, un Tratado de Amistad y Cooperación entre ambos países¹¹⁹.

- d) Kosovo cooperará plenamente con el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY)¹²⁰.

¹¹⁵ Vid. BERMEJO GARCÍA, R. y GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La independencia de Kosovo a la luz del derecho de libre determinación”, *Real Instituto Elcano, Documento de Trabajo n° 7/2008*, 12/II/2008, pp. 3–4.

¹¹⁶ *DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA*, cit. (nota 2), párrafo 8. Vid. infra nota 54.

¹¹⁷ GUTIERREZ ESPADA, C. - BERMEJO GARCÍA, R., “Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre su declaración de independencia, su constitución y otras reflexiones”, cit., p. 9.

¹¹⁸ *DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA*, cit., párrafo 11.

¹¹⁹ GUTIERREZ ESPADA, C. - BERMEJO GARCÍA, R., “Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre su declaración de independencia, su constitución y otras reflexiones”, cit., p. 10.

¹²⁰ *DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA*, cit., (nota 2), párrafo 9.

e) El nuevo Estado continuará las obligaciones internacionales concertadas por tratado o asumidas de otro modo por la antigua Yugoslavia de la que formaron parte¹²¹. Con ello se rompe la línea seguida por los Estados que también fueron en su momento repúblicas de ese país¹²². Por el contrario, la Declaración sigue fielmente la estela de lo que las relaciones internacionales nos demuestran en cuanto a la sucesión de Estados en la cualidad de miembros de las Organizaciones¹²³, pues su párrafo 9 proclama la intención del

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *La Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados*, de 23/VIII/1978 (GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. (eds.), *Legislación básica de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 2007 [7ª edición], p. 286 ss.) afronta diversos tipos de secesión: básicamente, la de los Estados de reciente independencia, esto es, los que han accedido a la independencia desde un status colonial y la de los Estados surgidos de un proceso de unificación de entidades estatales preexistentes o de separación de partes del territorio de un único Estado soberano; repárese en que la separación incluye tanto los casos que podríamos llamar de “secesión” (parte del territorio de un Estado “sale” de él pero el Estado “sigue”) como los de “disolución” (en el que el Estado primigenio “estalla” y desaparece).

¹²³ Con referencia a las Organizaciones se ha concluido, tras el análisis de la práctica, que “como regla general, los mecanismos de sucesión no operan en lo que concierne a la cualidad de miembro, pues la admisión sigue el procedimiento previsto por el tratado constitutivo” (BLANC ALTEMIR, A., “La successione nella condizione di membro delle Organizzazioni internazionali alla luce della recente prassi internazionale in Europa”, cit., p. 65). Respecto de una de las Organizaciones más significativas a estos efectos, Naciones Unidas, se comprueba que cuando la sucesión de Estados opera por disolución o secesión, los Estados resultantes del proceso deben, como regla general, ingresar en la Organización siguiendo el trámite establecido para la admisión de nuevos miembros, a saber, aceptación por el Consejo de Seguridad y por la Asamblea General (artículo 4 de la Carta): así ocurrió en el pasado (cuando, en 1947, Pakistán se separó de la India o la Federación de Malí se disolvió para dar vida a Malí y a Senegal en 1960; aunque Siria que abandonó, en 1961, la República Árabe Unida de Egipto y Siria nacida en 1958, “retomó” su puesto como miembro de Naciones Unidas sin ingreso formal ni, al parecer, protesta alguna en este sentido) y así ha ocurrido en la práctica contemporánea con las antiguas Repúblicas soviéticas: todas ellas (con excepción de la propia

Gobierno del nuevo Estado de “solicitar la adhesión a Organizaciones internacionales” (al margen de que la antigua Yugoslavia fuera o no miembro)¹²⁴.

Con la estudiada pretensión de no despertar temores en nadie, la *Asamblea de Kosovo* comunicó al mundo que ellos (el territorio de Kosovo) serían los últimos en implementar el derecho a la autodeterminación en los Balcanes. De ahí su afirmación de que con su independencia se “pone fin al proceso de disolución violenta de Yugoslavia” y que, por tanto, el mapa de Europa podía considerarse, a partir de ese momento, definitivamente completado¹²⁵. Junto a esto, para demostrar que la Declaración se ajustaba fielmente a lo establecido por el *Plan Ahtisaari*, se reproduce la idea utilizada por el antiguo presidente de Finlandia en su Informe: “Kosovo es un caso especial que no supone ningún precedente para cualquier otra situación”¹²⁶. Pero, como se ha sugerido con acierto: ¿por qué no supone precedente para nadie?; ¿qué o quién podía

Rusia, Ucrania y Bielorrusia [hoy Belarús] que ya formaban parte de Naciones Unidas) han debido seguir ese procedimiento; también Croacia, Eslovenia, Bosnia y Macedonia y aún la propia Serbia en el caso de la antigua Yugoslavia (en este asunto, Naciones Unidas no aceptó la pretensión de Serbia y Montenegro de “continuar” a la antigua Yugoslavia [resolución 777/1992, de 19 de septiembre del Consejo y 47/1, de 22 del mismo mes y año de la Asamblea General]). La República Federal de Yugoslavia fue admitida como nuevo miembro de la Organización posteriormente (resolución 55/12, de 1/XI/2000). En casos de fusión de Estados, sin embargo, la práctica parece aceptar la sucesión en la cualidad de miembro, en tanto en cuanto la Organización se limita a tomar nota, sin más trámites, de la declaración del Estado resultante de la fusión de sustituir a los representantes que los Estados predecesores tenían: tal sucedió en 1958 con la RAU (Egipto y Siria), en 1964 con Tanzania (Tanganika y Zanzíbar) y en 1990 con el Yemen (República Árabe del Yemen y República Democrática del Yemen) o Alemania (República Federal y Democrática). (*Ibíd.*, p. 67).

¹²⁴ GUTIERREZ ESPADA, C. - BERMEJO GARCÍA, R., “Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre su declaración de independencia, su constitución y otras reflexiones”, cit., p. 11.

¹²⁵ *DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA*, cit. (nota 2), párrafo 10.

¹²⁶ *Ibíd.* Párrafo sexto del Preámbulo.

garantizar que ningún otro territorio lo iba a tomar como precedente para apoyar sus pretensiones o que quienes en la comunidad internacional lo aceptaron, no volverían a hacerlo otra vez en una situación parecida o que así pudiera ser considerada?¹²⁷

La Declaración de Independencia expresa también, con meridiana claridad, cuál es la opción política internacional elegida por el nuevo Estado: se compromete a adoptar todas las medidas necesarias y a llevar a cabo cuantas reformas se precisen para conseguir la plena integración de la República de Kosovo entre las “democracias euro-atlánticas” y “europeas”, es decir, en la OTAN y en la UE¹²⁸.

Esta declaración fue impugnada inmediatamente por el Gobierno de Serbia, que protestó formalmente y consiguió que el Consejo de Seguridad se reuniera de emergencia el 18 de febrero de 2008, que no obstante no adoptó ninguna resolución al respecto ante la disparidad de opiniones de sus miembros permanentes. Seis de los 15 miembros del Consejo de Seguridad se mostraron favorables a la independencia de Kosovo y estimaron que la Declaración era conforme al Derecho internacional y a la *Resolución 1244 (1999)*, de 10 de junio¹²⁹. Tres delegados no se pronunciaron¹³⁰. Y seis representantes manifestaron su rechazo, con más o menos contundencia, a la secesión de

¹²⁷ GUTIÉRREZ ESPADA, C. - BERMEJO GARCÍA, R., Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre su declaración de independencia, su constitución y otras reflexiones”, cit., p. 15.

¹²⁸ *DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA*, cit. Párrafo quinto del preámbulo y nº 6 de su texto.

¹²⁹ Sres. Verbeke (Bélgica), Mantovani (Italia), Sir John Sawers (Reino Unido), Urbina (Costa Rica), Khalilzad (EEUU), Ripert (Francia), en S/PV.5839, pp. 9–12, 13–15 y 18–22.

¹³⁰ Sres. Ettalhi (Jamahiriya Árabe Libia), Kafando (Burkina Faso) y Jurica (Croacia), en S/PV.5839, pp. 16–18.

Kosovo, considerándola contraria al Derecho internacional en general y a la *Resolución 1244 (1999)* del Consejo de Seguridad en particular¹³¹.

En definitiva, la Asamblea de Kosovo proclamó la independencia de Kosovo sobre la base de un simple *Informe* y un *Plan* propuestos por un enviado del Secretario General de la ONU que no fueron aprobados por el *Consejo de Seguridad* de Naciones Unidas y sin que hubiera un pronunciamiento expreso sobre la propia *Declaración de Independencia* en el *Consejo de Seguridad* de la ONU. No obstante, la República de Kosovo ha sido reconocida por 112 Estados, encabezados por Estados Unidos, por la mayoría de los miembros de la Unión Europea y por la OTAN. Entre los que no lo reconocen, destacan Serbia, Rusia, España, Eslovaquia, Rumania, Chipre y China. Asimismo, Kosovo fue admitido en el Fondo Monetario Internacional y en el Banco Mundial¹³². Es importante destacar, como ya dijimos, que Serbia mantiene un

¹³¹ Sres. Churkin (Federación Rusa), Wang Guangya (China), Natalegawa (Indonesia), Le Luang Minh (Viet Nam), Kumalo (Sudáfrica) y, con más ambigüedad, el Sr. Arias (Panamá) que presidía el Consejo, en S/PV.5839, pp. 6–9, 12–13, 15–16, 17 y 22–23. El más rotundo, sin duda, fue el representante ruso, que llegó a afirmar: “La Federación de Rusia sigue reconociendo a la República de Serbia con sus fronteras reconocidas internacionalmente. La declaración de 17 de febrero de la Asamblea local de la provincia de Kosovo es una violación manifiesta de las normas y principios del Derecho Internacional, sobre todo de la Carta de Naciones Unidas, que socava los fundamentos de las relaciones internacionales. Es un acto ilegal y una violación patente de la soberanía de la República de Serbia, de los acuerdos del Grupo de Contacto de alto nivel, del Marco Constitucional de Kosovo, de la RESOLUCIÓN 1244 (1999), documentos básicos para la solución de la cuestión de Kosovo. La declaración unilateral de independencia y su reconocimiento son incompatibles con las disposiciones del *ACTA FINAL DE HELSINKI*, en la que se declaran concretamente los principios de la inviolabilidad de las fronteras y la integridad territorial de los Estados. En las disposiciones se permiten cambios en las fronteras estatales solo de acuerdo con el Derecho Internacional, por medios pacíficos y mediante acuerdo” (S/PV.5839, pp. 6–7).

¹³² Vid. <http://rks-gob-net/>; <http://www.Kosovothanksyou.com>.

control efectivo sobre Mitrovica, en el norte de Kosovo, donde se ha concentrado la minoría serbia.

8. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE KOSOVO

La Constitución de la República de Kosovo fue aprobada por unanimidad y a mano alzada el 9 de abril de 2008¹³³. En conjunto, responde a los cánones de una constitución ‘moderna’, entendiéndose por ello que sus disposiciones son acordes con los tiempos actuales¹³⁴. En este sentido no procede someterla a un análisis minucioso que desbordaría los límites de esta tesis. Baste con subrayar aquí dos de sus aspectos más trascendentes.

La Constitución de Kosovo se manifiesta plenamente respetuosa con los derechos y libertades del ser humano. En su artículo 1 se compromete a ejercer su autoridad sobre la base de este respeto, predicándose además la garantía de estos derechos, no solo en relación con sus propios “ciudadanos” sino también respecto de “todas las demás personas dentro de sus fronteras” (artículo 1.2). Los derechos y libertades fundamentales recogidos en su texto (capítulo II, artículos 21–56) son los que figuran en todas las Constituciones modernas y democráticas¹³⁵, no teniendo otras limitaciones y excepciones que

¹³³Su texto en inglés, además de en albanés, serbio y otras lenguas, puede consultarse en <http://www.Kosovoconstitution.info>

¹³⁴ GUTIERREZ ESPADA, C. - BERMEJO GARCÍA, R., “Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre su declaración de independencia, su constitución y otras reflexiones”, cit., p. 14.

¹³⁵ Dignidad humana, igualdad, derecho a la vida, a la integridad personal, prohibición de la tortura, de la esclavitud, derecho a la libertad y seguridad, derechos como acusado, derecho a un juicio justo e imparcial, a los recursos legales, de legalidad y proporcionalidad de las penas, derecho a no ser juzgado dos veces, libertad de movimiento, derecho a la privacidad, al matrimonio y a la familia, derecho de las confesiones religiosas, libertad de expresión, acceso a

las habituales en la práctica totalidad de los textos internos e internacionales (artículos 55–56).

De particular interés resultan dos disposiciones en este sentido. En primer lugar, la Constitución, proclama el nacimiento como Estado soberano de la República de Kosovo y declara que “no tendrá reclamaciones territoriales o intentará unirse con Estado alguno o parte de él” (artículo 1.3).

En segundo lugar, determina que puede concertar tratados y convertirse en miembro de las Organizaciones internacionales existentes (artículo 17). En este sentido regula con detalle los tratados internacionales, distinguiendo entre los que deben ser ratificados o los que precisan simplemente de su mera firma: los que deben ser objeto de ratificación precisan de autorización parlamentaria, debiendo ser aprobados por dos tercios del total de diputados que integran la Asamblea. Son los tratados relativos al territorio, de paz, alianza o que se refieran a cuestiones políticas o militares, los que se ocupan de los derechos humanos y libertades fundamentales, los constitutivos de Organizaciones internacionales y, en fin, aquellos que implican obligaciones financieras para la República (artículo 18.1).

A su vez, el artículo 20 se ocupa específicamente del caso de los tratados que contemplan la delegación de poderes de los Estados partes, en asuntos específicos, a una Organización internacional (lo que vendría a ser el artículo 93 de la Constitución española), determinándose en él que cuando en dichos acuerdos se permita a las instituciones de la Organización la adopción de actos jurídicos obligatorios, el consentimiento de la República de Kosovo precisará de

los documentos públicos, libertad de los medios de comunicación, libertad de reunión, de asociación, de elecciones y participación, derecho de propiedad, derechos a la educación, libertad de Arte y Ciencia, derecho al trabajo y ejercicio de la profesión, derechos del niño, salud y protección social, derechos al medio ambiente (artículos 23–52).

autorización de la Asamblea por la misma mayoría mencionada anteriormente. Todos los demás tratados se consentirán con la firma del presidente de la República, caso en el cual este (o en su defecto el primer ministro) tiene la obligación de notificarlo a la Asamblea (artículo 18.2 y 3).

Asimismo, la Constitución incluye normas precisas sobre la recepción y jerarquía de los tratados vinculantes para la República: en cuanto a la primera, se dispone que solo cuando se publiquen en el *Diario Oficial* los tratados pasarán a formar parte del Derecho interno (artículo 19.1), disposición que recuerda mucho a lo dispuesto en la Constitución española (artículo 96.1) y que permite afirmar que Kosovo pasaría, en su caso, a integrarse en las filas del “dualismo moderado”¹³⁶. La Constitución consagra también el rango *supralegal* de los tratados, tanto los regulados en su *artículo 18* como de los específicos que crean Organizaciones internacionales a las que se atribuye el ejercicio de competencias soberanas (artículos 19.2 y 20.2). Gozarán del mismo rango jerárquico también los tratados y aún otros textos internacionales sobre derechos humanos que se citan en su artículo 22, y que ocupan un lugar privilegiado en el Derecho interno, pues no necesitarían ser “recibidos” en él para pasar a formar parte del mismo; es decir, no precisan de su publicación en el *Diario Oficial del Estado* para ser directamente aplicables por sus órganos¹³⁷. De algún modo, su contenido “se constitucionaliza”, con lo que la República de

¹³⁶ GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL M.J., *Curso de Derecho internacional público*, Madrid, Trotta, 2008, capítulo 7 (apartado 7.2.1).

¹³⁷ Así se desprende de su regulación aparte, de un lado, y, de otro, del texto mismo del artículo 22. En él se cita: la Declaración sobre Derechos Humanos de Naciones Unidas (1948), el Convenio de Roma sobre derechos humanos y libertades fundamentales con sus protocolos (1950), el Pacto sobre derechos civiles y políticos de Naciones Unidas y sus protocolos (1966), el Convenio marco del Consejo de Europa sobre protección de las minorías (1995), el Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965), el Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (1979), el Convenio sobre los derechos del niño (1989) y el Convenio contra la tortura (1984).

Kosovo se alinea, en esta cuestión, con ciertas Constituciones de Latinoamérica y va más allá, desde luego, de lo que el artículo 10.2 de la Constitución española estipula en la materia¹³⁸.

El artículo 22 de la Constitución parece otorgar a los tratados sobre derechos humanos que en él se mencionan un estatuto especial en el Derecho interno, al declararlos aplicables directamente (sin necesidad de su previa publicación en el Diario Oficial) y otorgarles, como al resto de los tratados, prioridad o prevalencia sobre las leyes y demás actos de las instituciones públicas. Además, la Constitución determina, con una disposición similar al artículo 10.2 de la Constitución española (aunque más concreta) que: “los derechos humanos y libertades fundamentales garantizados por esta Constitución, se interpretarán de conformidad con las decisiones judiciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” (artículo 53).

Por otra parte, el artículo 155 de la Constitución de Kosovo, siguiendo los criterios que actualmente se manejan en la práctica, reconoce a todos los que legalmente residieran en su territorio el derecho a tener la nacionalidad de la República y, asimismo, reconoce a los nacionales de la antigua Yugoslavia que residían de manera habitual en su territorio el 1 de enero de 1998 y a sus descendientes directos, derecho también a su nacionalidad con independencia de su actual residencia y de cualquier otra nacionalidad que tengan.

En su capítulo III (*derechos de las comunidades y de sus miembros*), la Constitución de Kosovo parece modélica en el tratamiento a las minorías. De una parte, se compromete a abstenerse de políticas o prácticas destinadas a la asimilación de las personas pertenecientes a cualquier comunidad en contra de su voluntad y a perseguir las acciones en este sentido, así como a tomar todas

¹³⁸ GUTIÉRREZ ESPADA, C. - CERVELL HORTAL M.J., *Curso de Derecho internacional público*, cit., capítulo 7 (apartado 7.2.3.).

las medidas necesarias para proteger a toda persona de amenazas o actos de discriminación, hostilidad o violencia como consecuencia de pertenecer a un grupo nacional, étnico, cultural, lingüístico o religioso; mientras, de otra, reconoce a las minorías nacionales o étnicas, lingüísticas, religiosas o grupos tradicionalmente presentes en su territorio, el derecho a expresar, mantener y desarrollar su cultura y a preservar los elementos esenciales de su identidad, religión, idioma, tradiciones (artículos 58.3 y 6 y 59).

Para garantizar esto, la Constitución establece una serie de mecanismos que aseguran la presencia de las minorías que viven en Kosovo en los órganos de poder, legislativos, judiciales y de seguridad¹³⁹. Cabe destacar las siguientes:

- a) Del total de 120 representantes en la Asamblea, la institución legislativa, 20 se garantizan para las minorías, 10 de los cuales como mínimo serán para la comunidad serbia (artículo 63.2).
- b) De los nueve jueces del Tribunal Constitucional, dos se proponen tras el voto de la mayoría de los diputados presentes y votantes, “pero solo con el consentimiento de la mayoría de los representantes de las comunidades no mayoritarias de Kosovo” (artículo 114.3).
- c) También en este sentido se crean dos órganos de interés: el Consejo Consultivo de las Comunidades, bajo autoridad del presidente de la República, permitirá a las distintas comunidades de Kosovo presentar observaciones en una fase temprana sobre las medidas legislativas o iniciativas políticas que puedan ser preparadas por el Gobierno (artículo 60.1); y un Comité de los Derechos e Intereses de las Comunidades, formado por un tercio de los miembros elegidos en la Asamblea

¹³⁹ Sobre el estatuto jurídico contemporáneo de las minorías véase BJÖRN, A., *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

pertenecientes a la comunidad serbia, un tercio de los electos de otras comunidades no mayoritarias y un último tercio de la comunidad mayoritaria de Kosovo, que en cuanto comisión permanente de la Asamblea de la República podrá proponer por propia iniciativa, en el marco de las competencias de esta, leyes y otras medidas que respondan a intereses de las comunidades, así como efectuar recomendaciones sobre los proyectos de ley que se le presenten a instancias de cualquiera de los miembros de la Presidencia de la Asamblea (artículo 78).

Más allá, por tanto, de los derechos “específicos” (artículo 57.1) que la Constitución atribuye en su capítulo III (artículos 57–62) a los “habitantes que pertenecen al mismo grupo nacional o étnico, lingüístico o religioso presente tradicionalmente en el territorio de la República de Kosovo (Comunidades)” y de los derechos humanos y libertades fundamentales que reconoce a toda persona su capítulo II (artículo 57.1), los “*pueblos*” de Kosovo, en particular la minoría serbia, no ven reconocido su derecho de autodeterminación. Al contrario, la República de Kosovo afirma taxativamente que es un “*Estado único e indivisible*” (artículo 1.1), formado “*por sus ciudadanos*” (“The Republic of Kosovo is a State of its citizens”, artículo 1.2); y afirma igualmente que su *soberanía* emana “*del pueblo*”, y es también “*indivisible*” (artículo 2.1 y 2.2). En otras palabras, la nueva constitución de Kosovo pretende cerrar la puerta definitivamente a cualquier tipo de reivindicación secesionista *identitaria* dentro de su territorio afirmando la igual y exclusiva condición de ‘ciudadanos’ de todos sus habitantes e integrándolos a todos dentro de un único concepto político de ‘pueblo’, único titular de la soberanía.

Desde una perspectiva técnico-jurídica, este nuevo texto constitucional recoge y asume plenamente los principios democráticos, el substrato multicultural y las más modernas y depuradas garantías con relación a los derechos humanos. En este sentido, nada hay que objetar a una Constitución que resulta absolutamente homologable con cualquiera de las que rigen en los países occidentales. Y, por otra parte, su redacción y aprobación pretendía corroborar la cuestionada 'legitimidad' de la Declaración de Independencia, proclamada el 17 de febrero de 2008.

No obstante, existe un elemento fundamental, incluido en la propia Constitución, que proyecta sobre tan impecable texto una profunda sombra desde la perspectiva del Derecho internacional y que acaba por reducirla a un mero voluntarismo: el hecho de aceptar que su legitimidad se remite al informe Ahtisaari, tal y como se proclama en su artículo 144, que encabeza el capítulo XIII (Disposiciones finales):

“Las disposiciones de la Propuesta Integral de Acuerdo sobre el Estatuto de Kosovo de 26 de marzo de 2007 tendrán prioridad sobre cualquier otra disposición legal en Kosovo”.

“La Constitución, las leyes y demás actos jurídicos de la República de Kosovo se interpretarán de conformidad con la Propuesta Integral de Acuerdo sobre el Estatuto de Kosovo de 26 de marzo de 2007. Si hay contradicciones entre las disposiciones de esta Constitución, las leyes u otros actos jurídicos de la República de Kosovo y las disposiciones de dicho Acuerdo, prevalecerán estas últimas” (artículo 143.2 y 3).

He ahí el cáncer letal con el que nació la Norma Fundamental de Kosovo. En efecto, si su fundamento radica en una propuesta (Plan Ahtisaari) que no pudo

ser aprobada por el Consejo de Seguridad, que por esa razón nunca ha tenido valor de Derecho positivo y que, además, ni siquiera ha concitado un consenso internacional suficiente como para convertirse en un documento político de futuro, la única conclusión que cabe extraer de todo ello no puede ser otra que la absoluta invalidez jurídica del texto.

Como se ha afirmado con acierto: “El texto constitucional del autoproclamado nuevo Estado nos recuerda aquellos gigantes con los pies de barro del relato bíblico, pues siendo sus disposiciones sobre el Principio Democrático y el respeto a los derechos humanos más que razonables (de acuerdo con las exigencias actuales tanto del Derecho interno como del internacional) y resultando singularmente atractivas por el tratamiento que del Derecho internacional en su conjunto efectúa, todo el edificio reposa (y es un decir) sobre la Nada, si desde una interpretación ortodoxa del Derecho hablamos”¹⁴⁰. Si la base jurídica fundamental que pretendía sustentar la autoproclamación de una nueva República de Kosovo independiente (desde su estatus de provincia serbia bajo administración internacional) se apoya en un texto que no tiene naturaleza de Derecho positivo, no debe sorprender que esto constituya un gravísimo atentado a los principios más básicos del Derecho internacional y un gravísimo precedente de cara a futuras reivindicaciones secesionistas dentro del territorio europeo.

¹⁴⁰ GUTIERREZ ESPADA, C. - BERMEJO GARCÍA, R., “Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre su declaración de independencia, su constitución y otras reflexiones”, cit., p. 16-18.

9. LA UNIÓN EUROPEA ANTE LA INDEPENDENCIA DE KOSOVO

La posición de la UE a lo largo de todo el conflicto siempre fue de respeto a la legalidad internacional representada por la *Resolución 1244 (1999)*. Esta Resolución remite al Acta final de Helsinki, sosteniendo la imposibilidad de alterar las fronteras de los Estados europeos. La UE había manifestado en el art. 11 del Tratado de la Unión Europea (art. 21 TFUE tras la reforma de Lisboa) su vinculación a los principios de la carta de las Naciones Unidas y a los principios del Acta Final de Helsinki y la carta de París, “incluidos los relacionados con las fronteras exteriores”. Los principios del Acta de Helsinki formaban parte del marco aplicable, estableciendo el respeto a la integridad territorial de todos los Estados europeos y la inviolabilidad de sus fronteras, en calidad de “*right inherent in sovereignty*”, sin que prevea excepción alguna ni casos especiales que puedan prevalecer sobre la integridad territorial¹⁴¹. Por consiguiente, se reconocen las dos condiciones concurrentes que el Derecho internacional establece para una modificación de fronteras: a) que sea por medios pacíficos y b) que sea por mutuo acuerdo. El principio de la intangibilidad de las fronteras solo conocía excepciones fundadas en el acuerdo de las partes interesadas.¹⁴²

¹⁴¹ http://www.osce.org/documents/mcs/1975/08/4044_en.pdf.

¹⁴² A su vez, la UE acordó en 1991 las «Líneas de actuación a propósito del reconocimiento de nuevos Estados en Europa Oriental y en la unión Soviética» reforzando dicho principio en la práctica convencional e institucional europea sin prever excepciones ni regímenes especiales no consentidos por todas las partes.

9.1. La UE y su primaria defensa de la integridad territorial de Serbia

Respecto de la integridad territorial de Serbia, las instituciones de la UE apoyaron durante mucho tiempo, antes y después de la *Resolución 1244 (1999)*, el respeto de esa integridad con relación a Kosovo. Desde 1998 el Parlamento Europeo se decantó a favor de una solución negociada dentro de la antigua Yugoslavia¹⁴³. Y lo mismo hizo en una posterior Resolución de 1999, afirmando la necesidad de respetar la integridad territorial de Serbia¹⁴⁴. Por consiguiente, aun conociéndose las graves violaciones a los derechos humanos por parte de Serbia, el Parlamento Europeo consideró que tal situación no afectaba a su integridad territorial y que la solución del conflicto debía gestionarse sobre la negociación y el acuerdo político. Así lo recordó en sus sucesivas declaraciones de 2000 y 2001¹⁴⁵.

También el Consejo Europeo hizo numerosas declaraciones en las que vinculaba el futuro de Kosovo al respeto a la integridad territorial de lo que hoy es Serbia¹⁴⁶. Aunque los acuerdos de *Rambouillet* fueron luego utilizados para

¹⁴³ “Destacando una vez más que la única forma aceptable para resolver la crisis de Kosovo es un diálogo pleno y sincero sobre el futuro estatuto de Kosovo, destinado a crear una situación especial con un amplio grado de autonomía en el marco de la República Federal de Yugoslavia, entre el régimen de Belgrado y los representantes de la población de Kosovo [...]”. *RESOLUCIÓN DE 18 DE JUNIO DE 1998*, Diario Oficial (DO) c 210, de 6 de julio de 1998, p. 225. Posición reiterada poco después: “Subrayando una vez más que el único modo aceptable de resolver la crisis de Kosovo es un diálogo pleno y significativo sobre el futuro estatuto de Kosovo, orientado a un estatuto especial con un amplio grado de autonomía en el marco de la República Federal de Yugoslavia, entre el régimen de Belgrado y los representantes de la población de Kosovo [...]”, *RESOLUCIÓN DE 10 DE JULIO DE 1998*, DO c 292, de 21 de septiembre de 1998, p. 134.

¹⁴⁴ *RESOLUCIÓN DE 15 DE ABRIL DE 1999*, DO c 219, de 20 de julio de 1999, p. 401

¹⁴⁵ *RESOLUCIÓN DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 2000*, DO c 276, de 1 de octubre de 2000, p. 277; *RESOLUCIÓN DE 15 DE MARZO DE 2001*, DO c 343, de 5 de diciembre de 2001, p. 265

¹⁴⁶ En las conclusiones de su reunión en Berlín el 24/25 de marzo de 1999 declaraba refiriéndose a las negociaciones de Rambouillet que: «Este proyecto de acuerdo, que firmaron

apoyar la legalidad de la DUI de Kosovo, en la medida en que aludían a la necesidad de fundarse en la voluntad popular, en tales Acuerdos se declaraba expresamente que Yugoslavia conservaría su integridad territorial¹⁴⁷. Por otra parte, al término de la acción militar de la OTAN sobre Serbia (sin la autorización del Consejo de Seguridad), el Consejo Europeo, al expresar su compromiso para “asumir un papel dirigente en los esfuerzos de reconstrucción de Kosovo”, se refería *expressis verbis* a la “provincia de Kosovo”¹⁴⁸.

A partir de la aprobación de la *Resolución 1244 (1999)*, las instituciones políticas de la UE continuaron con una línea de vinculación formal (solo formal como luego se demostró) al régimen internacional establecido para Kosovo, remitiéndose en todos sus actos a dicha Resolución en su calidad de marco legal fundamental en el que situar cualquier acción o actuación sobre Kosovo. En este sentido, el Consejo Europeo declaró su compromiso de exigir el cumplimiento íntegro de la citada Resolución y no solo de algunos aspectos según los intereses de las partes, tanto en 1999 como en 2000¹⁴⁹.

Como afirma A. Mangas, durante algún tiempo la Comisión Europea tuvo cuidado al encuadrar a Kosovo como ‘Serbia/Kosovo’ en el sentido de que

los albanokosovares en París, reúne los siguientes requisitos: basándose en la soberanía e integridad territorial de Yugoslavia los ciudadanos de Kosovo según los más altos estándares europeos, contempla amplios derechos para todas las comunidades nacionales que viven en Kosovo y sientan las bases para la necesaria reconstrucción de esta región devastada por la guerra».

¹⁴⁷ UN Doc. S/1999/648, *Rambouillet Accords. Interim Agreement for Peace and Self-Government in Kosovo*, de 7 de junio de 1999.

¹⁴⁸ *CONCLUSIONES DE LA PRESIDENCIA*, CONSEJO EUROPEO DE COLONIA, 3 y 4 de junio de 1999, párr. 65

¹⁴⁹ *CONCLUSIONES DE LA PRESIDENCIA*, CONSEJO EUROPEO DE HELSINKI, 10 y 11 de diciembre de 1999, párr. 61. Esa misma apelación al respeto de la integridad territorial de la antigua Yugoslavia y a la intangibilidad de sus fronteras fue reiterado en ocasiones, así en el *Consejo Europeo de Lisboa* de 2000.

Kosovo era parte de Serbia. Incluso se reconoce que en el sistema jurídico de Kosovo se aplican las normas del Derecho de 'Yugoslavia' anteriores al 22 de marzo de 1999. En el posterior Reglamento sobre la misma materia, la comisión rompe esa relación territorial antes de la secesión y ya se refiere al "Territorio aduanero de Kosovo", sin mención a Serbia. Resulta sorprendente, aunque también es paradigmático del doble lenguaje de la UE, que el mismo día en que se producía la DUI de Kosovo, el Consejo aprobase una Decisión en cuyo título se refería a "Serbia, incluido Kosovo", dando la impresión de hablar de un solo país¹⁵⁰.

El Consejo Europeo rechazó en 2005, de forma contundente, una solución unilateral del conflicto, marcando una línea aparentemente infranqueable para la UE: "Así pues, cualquier solución unilateral o derivada del uso de la fuerza, así como toda modificación del territorio actual de Kosovo, serían inaceptables"¹⁵¹. Poco después, el Consejo (de Ministros), bajo presidencia del británico Jack Straw, confirmaba el rechazo a cualquier solución unilateral: "El Consejo ha reiterado que el futuro estatuto de Kosovo debe ser plenamente compatible con los valores y normas europeos, conformarse a los instrumentos y obligaciones jurídicos internacionales y a la carta de las Naciones Unidas [...] Cualquier solución unilateral o derivada del uso de la fuerza, así como toda modificación del territorio actual de Kosovo, serían inaceptables. El Consejo

¹⁵⁰ MANGAS MARÍN, A., "Kosovo y Unión Europea: una secesión planificada", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIII/1, enero-junio 2011, p. 102-105.

¹⁵¹ *CONCLUSIONES DE LA PRESIDENCIA*, CONSEJO EUROPEO DE BRUSELAS, 16 y 17 de junio de 2005, Declaración sobre Kosovo, p. 35.

Europeo declara por otra parte que la determinación del estatuto de Kosovo deberá reforzar la seguridad y la estabilidad de la región”¹⁵².

En dos ocasiones en un mismo año, los 27 jefes de Estado o de Gobierno y, luego, sus ministros de Asuntos Exteriores, negaron de forma categórica cualquier solución unilateral. Sin excepciones, sin dar cabida a casos especiales o únicos que pudieran derogar el respeto a la modificación de fronteras mediante el acuerdo¹⁵³.

9.2. La ambigüedad de la UE ante la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo

Si en un primer momento la UE participó de una solución no independentista para Kosovo, a partir del momento en que se presentó formalmente el Plan Ahtisaari ante el Consejo de Seguridad, la posición de la UE comenzó a ser ambigua, destilando no pocas dosis de hipocresía. Por un lado, alineándose con la posición de EEUU (antagónica a la de Rusia), comenzó a reorientarse, de facto, aunque no *de iure*, en el sentido de facilitar al máximo la consecución de ese plan (la independencia de Kosovo) a pesar de no haber sido aprobado por la ONU. Por otro lado, de cara a la comunidad internacional, continuó utilizando un lenguaje y desarrollando unas acciones, aparentemente coherentes con la *Resolución 1244 (1999)*. Así lo corroboran las acciones de ayuda que, aparentemente, seguían en la línea de buscar una solución que no fuera la independencia. Al respecto, resulta paradigmático recordar que el Consejo Europeo celebrado el 14 de diciembre de 2007, apenas tres meses

¹⁵² CONSEJO DE LA UE, Sesión núm. 2.687 del Consejo, Asuntos Generales y Relaciones Exteriores (Relaciones Exteriores), Comunicado de prensa núm. 13622/05 (*Presse* 274), 7 de noviembre de 2005, punto 13.

¹⁵³ MANGAS MARÍN, A., “Kosovo y Unión Europea: una secesión planificada”, cit., p. 106.

antes de la DUI de Kosovo, subrayó la disposición de la UE a reforzar la estabilidad de la región y encontrar un acuerdo aceptado por todos para el estatuto futuro de Kosovo¹⁵⁴; además de confirmar una Presencia Militar Internacional dirigida por la OTAN que colaboraría estrechamente con el Representante Civil Internacional para conseguir un entorno seguro¹⁵⁵. Y fue en ese Consejo Europeo donde se decidió la ayuda de la UE a Kosovo mediante una Misión de gestión de crisis (EULEX) en el marco de su Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD) y la creación de una Oficina Civil Internacional en Kosovo¹⁵⁶.

Sin embargo, la connivencia de la UE con el Plan Ahtisaari quedó en evidencia, cuando el Consejo Europeo, en su *Acción común 2008/123/PESC*, de 4 de febrero de 2008, estableció que las competencias y facultades del Representante especial de la Unión Europea y las competencias y facultades del Representante Civil Internacional se confirieran a la misma persona¹⁵⁷. Y cuando se nombró a Pieter Feith como representante especial de la UE para Kosovo, con el fin de desempeñar un papel principal en la ejecución de un arreglo que definiera el estatuto futuro de Kosovo¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Conviene recordar también que, nueve meses antes, el Informe Ahtisaari proponía la designación de un “representante civil internacional”, estableciendo que éste y “el representante especial de la Unión Europea, designado por el Consejo, fueran la misma persona” (Vid. S/2007/168 cit. (nota 5), anexo, párrafo 11; y S/2007/168/Add. 1 cit. también (nota 5), párrafo 12.1).

¹⁵⁵ S/2007/168, anexo, párrafo 13; S/2007/168/Add.1, párrafos 14.1. a 14.4.

¹⁵⁶ GUTIERREZ ESPADA, C. - BERMEJO GARCÍA, R., “Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre su declaración de independencia, su constitución y otras reflexiones”, cit., p. 19.

¹⁵⁷ Considerando nº 7 de la *ACCIÓN COMÚN* (DO L 42, 16/II/2008, p. 88). Vid. *Ibidem*.

¹⁵⁸ *ACCIÓN COMÚN* 2008/123/PESC cit., artículo 1.

Y de manera evidente, el mismo día 4 de febrero de 2008, la UE autorizaba la Misión EULEX Kosovo (Misión de la Unión Europea y el Estado de Derecho en Kosovo), con el fin de apoyar a las instituciones, autoridades judiciales y cuerpos y fuerzas de seguridad del territorio para avanzar “hacia su viabilidad y plena asunción de sus responsabilidades”¹⁵⁹. Tres días más tarde, el 7 de febrero, se nombró a Yves de Kermabon como jefe de EULEX¹⁶⁰, que sustituiría a UNMIK y que contaba con 2.000 efectivos internacionales, entre policías, jueces, fiscales y agentes aduaneros de todos los Estados miembros salvo Malta y con un cuerpo local de más de 1.000 personas.

No deja de resultar jocoso que la puesta en marcha de EULEX Kosovo y las decisiones con ella conectadas, se publicaran en el Diario Oficial de la UE justo el día antes de la proclamación de independencia de Kosovo. Así pues, no parece creíble que el Consejo de la UE desconociese a esas alturas las intenciones de las autoridades de Kosovo. Es más, como se ha señalado, “las prisas en la publicación oficial de estas decisiones podrían explicarse como un medio de aliviar la situación de aquellos Estados miembros a los que la mano les temblaría de tener que alzarla para votar sí una vez proclamada unilateralmente la secesión”¹⁶¹. En todo caso, lo grave de estas decisiones fue el mantenerlas después de la DUI, amparando con ello una serie de actos jurídicos contrarios al Derecho Internacional.

En definitiva, con sus actos (aunque quizá no con sus palabras), la UE ha contribuido eficazmente a que la secesión unilateral de Kosovo se llevara a cabo y se consolidara de manera efectiva, al margen de la legalidad

¹⁵⁹ ACCIÓN COMÚN 2008/124/PESC del Consejo, DO L 42, de 16/II/2008, p. 92.

¹⁶⁰ DECISIÓN EULEX/1/2008 del COMITÉ POLÍTICO Y DE SEGURIDAD (2008/125/PESC), DO L 42 cit., p. 99

¹⁶¹ GUTIERREZ ESPADA, C. - BERMEJO GARCÍA, R., “Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre su declaración de independencia, su constitución y otras reflexiones”, cit., p. 19.

internacional, para lo cual ha jugado un papel primordial la importantísima ayuda financiera que se ha venido prestando a sus autoridades, lo que ha convertido a la UE en el mayor donante de recursos financieros del mundo a este pequeño pueblo¹⁶².

Por otra parte, al día siguiente de la DUI, se celebró una reunión del Consejo UE en la que se reafirmó, en primer lugar, que Kosovo continuaba bajo el régimen de la *Resolución 1244 (1999)*, por virtud de la cual la presencia internacional debería continuar. En segundo lugar –ante la imposibilidad de acordar una postura común debido a que cinco Estados miembros calificaban la DUI como acto vulnerador de la *Resolución 1244 (1999)*- se decidió que cada Estado, en su calidad de Estado soberano, adoptaría al respecto la postura que estimara oportuna¹⁶³. En este sentido, como subraya A. Mangas, la Declaración del Consejo, de 18 de febrero de 2008, recurre al Derecho Internacional como un mero adorno retórico: se afirma que debe aplicarse la Carta de Naciones Unidas, aludiendo expresamente al respeto al principio de soberanía e integridad territorial, al tiempo que se reconoce implícitamente el nuevo estatus de Kosovo, aludiendo a que es un caso ‘sui generis’ del que no cabe deducir precedentes para el Derecho internacional¹⁶⁴.

¹⁶² *EUROPEAN UNION. Preparing*, cit. (nota 45).

¹⁶³ *CONSEJO DE LA UNIÓN*, Sesión núm. 2851 del Consejo. Asuntos Generales y Relaciones Exteriores (Relaciones exteriores), comunicado de prensa, Bruselas, 18 de febrero de 2008, 6496/08 (Presse 41), p. 7.

¹⁶⁴ “El Consejo reitera la adhesión de la UE a los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Acta Final de Helsinki, incluidos el principio de la integridad territorial y todas las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El Consejo subraya su convicción de que ante el conflicto de la década de los años noventa, y el prolongado periodo de administración internacional con arreglo a la RESNU 1244, Kosovo constituye un caso *sui generis* que no pone en tela de juicio estos principios y resoluciones” (*Ibid.*, p. 7). Vid. MANGAS MARÍN, A., “Kosovo y Unión Europea: una secesión planificada”, cit., p. 106-107.

9.3. La Unión Europea y la tesis del '*caso sui generis*' para Kosovo

La UE fue la principal inspiradora de la calificación de Kosovo como '*caso sui generis*' para justificar toda una trayectoria de apoyo implícito (junto a los Estados Unidos) a la independencia como solución final para el conflicto. Al día siguiente de la declaración de independencia, el 18 de febrero de 2008, los veintisiete países de la Unión Europea acordaron emitir un comunicado afirmando que la DUI de Kosovo era "un caso '*sui generis*' que no sienta ningún precedente". Y en ese mismo sentido se pronunció la entonces secretaria de Estado estadounidense, Condoleeza Rice: "la inusual combinación de factores" que se habían dado "hacen a Kosovo un caso especial", de manera que su declaración de independencia "no debe verse como un precedente para ninguna otra situación secesionista en el mundo de hoy". En sentido contrario se manifestó el portavoz del Kremlin, Dimitry Peskov, afirmando que la DUI establecía un peligroso precedente para otras regiones separatistas como los palestinos, los vascos o los turcochipriotas: "No podemos estar de acuerdo en que Kosovo sea un caso distinto", declaró. Por su parte, el Presidente de Serbia, Boris Tadi, el 10 de marzo de 2009, afirmó que reconocer la independencia de Kosovo sentaría "un precedente sumamente peligroso". Tadic afirmó también que en gran parte de países existía una "minoría étnica", y que reconocer la secesión de Kosovo implicaría que cualquiera de estas comunidades pudiera tratar de seguir los pasos de Kosovo declarándose independiente¹⁶⁵.

¹⁶⁵ En este sentido, el Presidente de Osetia del Sur, Eduard Kokoity, exhortó en 2008 a la comunidad internacional al reconocimiento de la independencia de dicha región secesionista de Georgia, afirmando que "el precedente de Kosovo presenta un argumento convincente" para su reconocimiento. Tras la Guerra de Osetia del Sur, a finales de 2008, y el reconocimiento por parte de Rusia de la independencia de Abjasia y Osetia del Sur, el expresidente español José María Aznar declaró en una entrevista con el vicepresidente estadounidense Dick Cheney que

Esta tesis del '*caso sui generis*', siempre secundada por los EEUU, comenzó a utilizarse por las instituciones de la UE a partir de 2006, con la intención de preparar el camino para que una previsible DUI fuera progresivamente asimilada por los Estados miembros¹⁶⁶. Dicha posición se revistió siempre de frases ambiguas, que en todo caso aludían a la previsión de un futuro Kosovo en la UE (lo que resultaría imposible sin contemplar un Kosovo independiente). Para los defensores de la secesión, la calificación de 'caso único' se justificaba por tres razones básicas:

- a) Por ser la última pieza de un Estado federal que se había ido disolviendo.
- b) Por haber estado sometido a una administración internacional durante

“la independencia de Kosovo había servido de precedente para futuros problemas como el que actualmente atraviesan Rusia y Georgia”. Rusia había citado el ejemplo de Kosovo cuando anunció el reconocimiento de la independencia de ambas regiones secesionistas georgianas.

¹⁶⁶ La “UE tendrá un importante papel que desempeñar en la resolución de la cuestión del estatuto y su aplicación, una vez lo haya acordado el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. La resolución de la cuestión del estatuto debe ser política y jurídicamente clara y establecer un panorama para el desarrollo futuro de Kosovo. La cuestión del estatuto de Kosovo es *sui géneris*, y por tanto no establece ningún precedente» [Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Estrategia de ampliación y principales retos 2006-2007. Incluido en anexo el informe especial sobre la capacidad de la UE para integrar a nuevos miembros, COM (2006) 649 final, de 8 de noviembre de 2006]. Esa calificación pasó al Plan Ahtisaari en 2007 [S. 2007/168, párr. 15 y también en la Declaración de Independencia de Kosovo (preámbulo, párr. 6, de la propia constitución de Kosovo)]. También se incluyeron en unas conclusiones del Consejo Europeo varias semanas antes de ser proclamada unilateralmente la independencia por las Autoridades Provisionales de Kosovo. «El Consejo Europeo reafirma su convicción de que la resolución del estatuto pendiente de Kosovo constituye un caso *sui generis* que no establece ningún tipo de precedente» (Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo, Bruselas, 14 de diciembre de 2007, 16616/1/07 REV 1, párr. 69). Vid. MANGAS MARÍN, A., “Kosovo y Unión Europea: una secesión planificada”, cit., p. 107-108.

un dilatado periodo de tiempo.

- c) Por las graves violaciones de los derechos humanos que contra su población se habían producido en el pasado.

De las tres razones, en realidad, la tercera es la que ejercía mayor peso en la UE y la que se esgrimía con mayor fuerza: la justificación humanitaria de la DUI parecía la justificación adecuada para superar los enormes inconvenientes de orden técnico jurídico que la secesión planteaba al Derecho internacional. En efecto, poner en relación la DUI de la Asamblea de Kosovo y su reconocimiento como Estado con las gravísimas y sistemáticas violaciones de derechos humanos, que durante varios años causó la antigua Yugoslavia en su provincia y que precedieron a la invasión por la OTAN, parecía indicar que, una vez constatadas tales violaciones a los derechos humanos, el respaldo a la secesión del territorio que los sufrió y el reconocimiento de su independencia, resultaba una justa sanción o castigo que debía imponerse al Estado que los causó¹⁶⁷.

Jurídicamente Kosovo no era un 'caso singular' puesto que no era el único caso con una dilatada presencia de Naciones Unidas, precedido de graves violaciones a los derechos humanos. Dejando aparte su carácter de *precedente* para movimientos secesionistas, resultaba evidente que el reconocimiento de tal situación por la UE favorecía (y favorece) la inestabilidad internacional y los intereses de aquellos Estados o grupos que hubieran ocupado ilegalmente territorios o que hubieran usado la fuerza armada y las violaciones de los derechos humanos para conseguir sus propósitos secesionistas. Pero más allá de todo esto, lo que carece de toda base es afirmar que la *Resolución 1244 (1999)* castigó con la secesión las violaciones de derechos humanas

¹⁶⁷ *Ibíd.*, p. 109.

producidas por el régimen de Milošević. Lo que esta Resolución determinó (y basta acercarse a su contenido para comprobarlo) fue el establecimiento de una administración internacional y el mantenimiento de la integridad territorial de Serbia¹⁶⁸.

Como se ha afirmado, lo más grave de la secesión unilateral de Kosovo y de su reconocimiento como Estado por la UE en 2008, fue que se realizó en contra de la voluntad de un régimen ya democrático y estable en Serbia, respetuoso con los derechos de los ciudadanos, abierto a la más extensa autonomía de Kosovo y en vías de preparar su integración en la propia UE.

La gravedad del precedente de Kosovo es que su independencia unilateral, violando la integridad territorial de Serbia y la intangibilidad de las fronteras en Europa, se admitió por una amplia mayoría de Estados de la UE, no solo frente a un Estado plenamente democrático como era Serbia en 2008 (y lo sigue siendo), sino como castigo por hechos de un régimen autoritario que ya no existía.

Además, la secesión ‘como castigo’ nunca fue promovida por las instituciones europeas en otros Estados en los que hubo aspiraciones secesionistas y violaciones de derechos humanos, tales como Macedonia o Bosnia-Herzegovina. Además, cuando hubo serias y graves violaciones a los derechos humanos, fomentar o planificar la secesión nunca fue la posición de la UE (por ejemplo, en Timor o Sudán), sino que se manifestó partidaria de implementar soluciones pacíficas y consensuadas (Etiopía-Eritrea) y dando muestras de una

¹⁶⁸ Como luego veremos, la CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA nunca hizo mención de esta consideración de Kosovo como ‘caso único’ o *sui géneris* en su Dictamen de 22 de julio de 2010.

paciencia infinita en el tiempo (Tíbet, Palestina, Sahara Occidental...) que no tuvo en el caso de Kosovo (siete escasos años de negociaciones) y vulnerando el Derecho internacional. Por otra parte, en situaciones de gran similitud con Kosovo (Abjasia y Osetia del Sur) la UE respaldó siempre la integridad territorial de Georgia. En definitiva, la secesión nunca fue la respuesta de la UE a las violaciones de los derechos humanos en ningún otro conflicto, ni la solución a una persistente falta de acuerdo sea cual fuera el tiempo que hubiere pasado, como así lo demuestra su posición en situaciones tan diversas como el Tíbet, Palestina, Sahara o Sudán, para los que siempre rechazó la secesión unilateral¹⁶⁹.

9.4. El reconocimiento implícito de Kosovo por la UE

En materia de reconocimientos, formalmente, cabría distinguir entre la posición de una amplia mayoría de Estados miembros de la UE (todos menos España, Grecia, Rumanía y Chipre) y la posición institucional de la propia UE. Aunque la cuestión de fondo radicaba en determinar si Kosovo, en aquel momento (y a día de hoy) reunía los requisitos constitutivos de la 'estatalidad'. Para empezar, en la fecha de la secesión, no controlaba la zona norte del territorio, que era administrada de facto por Serbia y ni la UNMIK ni EULEX tenían acceso regular a esas poblaciones o no la tenían de ningún modo. Por otra parte, la administración internacional condicionaba todas sus actuaciones: unas autoridades sometidas a UNMIK y cuyas actividades públicas deben realizarse con la presencia y despliegue de la misión EULEX no permiten considerar a Kosovo como un Estado dotado de organización propia y soberanía. En efecto, Kosovo no podía asegurar la totalidad de sus relaciones con terceros Estados, ni la administración de justicia, ni la policía. Eso sin contar con que la

¹⁶⁹ Vid. MANGAS MARÍN, A., "Kosovo y Unión Europea: una secesión planificada", cit., p. 109.

legislación que realmente se aplicaba era un conglomerado de normas de la antigua Yugoslavia y los nuevos reglamentos generados por UNMIK¹⁷⁰.

Aunque, como luego veremos, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) rechazó entrar en esta cuestión por no ser objeto de la consulta realizada por la Asamblea General de la ONU, ello no impide concluir ahora, de la mano del sentido común, que en 2008 Kosovo no reunía ninguno de los criterios básicos de estatalidad, lo cual convertía en ilegal y precipitado el reconocimiento de su independencia por parte de una mayoría de Estados de la UE (y de la propia UE como tal) al aceptar relacionarse con un territorio que no poseía los elementos esenciales de un Estado.

¹⁷⁰ En un Informe de noviembre de 2008, varios meses después de la DUI, la Comisión afirma que las autoridades provisionales de Kosovo no pueden conducir por sí mismas los asuntos que les conciernen. (COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO, Estrategia y retos principales de la ampliación (2008-2009), Bruselas, de 5 de noviembre de 2008, COM (2008) 674 final, p. 127). Todavía en 2009 la Comisión decía que «Los desacuerdos relativos a la participación de Kosovo en reuniones, iniciativas y acuerdos regionales se están convirtiendo en un obstáculo a la cooperación regional». La Comisión reconoce que «subsisten retos importantes como el Estado de Derecho, la lucha contra la corrupción y la delincuencia organizada, la consolidación de la capacidad administrativa, la protección de la minoría serbia y otras, y la mejora del diálogo y la reconciliación entre las comunidades» (COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO, Estrategia y retos principales de la ampliación (2009-2010), Bruselas, 14 de octubre de 2009, COM (2009) 533 final, pp. 7 y 16]. En un nuevo Informe de 2010, la comisión estima que «en su proceso de aproximación a la UE, Kosovo necesita que a la adopción de legislación acompañen la aplicación y el cumplimiento adecuados [...] Kosovo no está listo todavía para negociar y aplicar un acuerdo comercial...» (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Kosovo: avanzar en la realización de la perspectiva europea, Bruselas, 17 de diciembre de 2009, COM (2009) 534 final/2, pp. 4 y 9). En el mismo sentido se manifiesta el INFORME DEL SECRETARIO GENERAL DE NACIONES UNIDAS, sobre la falta de control todavía en 2010 sobre el territorio y su dependencia de EULEX (S/2010/562 de 29 de octubre de 2010).

Pero tampoco las instituciones de la UE respetaron sus propios criterios al respecto, plasmados en las denominadas “líneas directrices referidas al reconocimiento de nuevos Estados en Europa del Este y Unión Soviética” acordados en 1991. Tales criterios, que se plantean como cumulativos, exigen que los nuevos Estados “se constituyan sobre una base democrática, acepten las obligaciones internacionales pertinentes y se comprometan de buena fe en un proceso pacífico y negociado”. El texto alude también a “la garantía de los derechos de los grupos étnicos y nacionales, así como de las minorías”, exigiendo a los nuevos Estados, entre otros, “el respeto de la inviolabilidad de los límites territoriales, que solo pueden ser modificados por medios pacíficos y de común acuerdo”. Se aseveraba, igualmente, que “La comunidad y sus Estados miembros no reconocerán aquellas entidades que resultaran de una agresión”¹⁷¹.

No hay que ser un agudo conocedor del Derecho internacional para constatar que ninguna de estas exigencias se cumplía en el territorio de Kosovo para justificar su independencia ni, por supuesto, su reconocimiento por parte de la UE o de sus Estados miembros. En efecto, la administración internacional de Kosovo, que le condujo a la independencia, no fue fruto de un acuerdo pacífico, sino que tuvo su causa en una agresión armada de la OTAN no autorizada por la ONU. Su declaración de independencia no se realizó de mutuo acuerdo con el Estado soberano al que pertenecía y tampoco fue fruto de una autodeterminación constitucional. En definitiva, el conjunto de requisitos exigidos por la UE para reconocer a un nuevo Estado no se reunía en la DUI del 17 de febrero de 2008. Y resulta sorprendente que, aun no existiendo un

¹⁷¹ REUNIÓN MINISTERIAL EXTRAORDINARIA DE COOPERACIÓN POLÍTICA EUROPEA, de 16 de diciembre de 1991, en *Actividades, Textos y Documentos de la Política Exterior Española*, 1991, pp. 915 y 916).

reconocimiento formal de Kosovo por parte de la UE (debido a la oposición de España, entre otros), en la práctica el comportamiento de las instituciones europeas ha sido tratar y mencionar a Kosovo como si fuera un Estado antes y después de 2008. El viaje a Kosovo del entonces Alto Representante para la PESC, Javier Solana, dos días después de la DUI (el 19 de febrero de 2008) y su recibimiento triunfal en Pristina resultó muy revelador del apoyo de la UE a la independencia por encima del funcionamiento interno de la propia UE, puesto que, en una cuestión como esta, se exigía unanimidad de todos los Estados miembros¹⁷².

En conclusión, a la vista de los hechos y los documentos, parece fuera de toda duda que la UE nunca fue neutral en el conflicto de Kosovo ya que siempre estuvo guiada por la estrategia de los grandes Estados que abogaban por su independencia como solución final, vulnerando con ello la Resolución 1244 (1999). Tanto el plan de colaboración con la UNMIK como su sustitución por EULEX, estuvo destinado a que el protectorado internacional establecido en Kosovo no fuera estable ni duradero. A pesar de la falta de unanimidad de los Estados miembros, la UE siempre apostó por ejecutar el Plan Ahtisaari (que nunca fue aprobado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas). Los Estados miembros de la UE, que pudieron y debieron haber impedido esta vulneración del Derecho internacional y de los propios actos de la UE, nunca lo hicieron.

¹⁷² MANGAS MARÍN, A., “Kosovo y Unión Europea: una secesión planificada”, cit., p. 110-111.

CAPÍTULO SEGUNDO

APROXIMACIÓN IUSFILOSOFICA AL DERECHO DE LIBRE DETERMINACIÓN: ¿ES UN DERECHO HUMANO DE TITULARIDAD COLECTIVA?

El debate sobre los 'derechos colectivos' ha cobrado una extraordinaria importancia en la actualidad debido a la enorme influencia que tienen en la política, en el Derecho y en la filosofía, las cuestiones relativas a la identidad y a la multiculturalidad, en el contexto de los Estados-nación, que hasta ahora pretendían ser expresión de una ficticia homogeneidad cultural. Hoy, la sociedad global ha dejado de ser homogénea y los Estados-nación han dejado de ser el sujeto por excelencia del Derecho internacional. Hoy la sociedad global, más allá de los Estados, está compuesta de grupos y entidades muy diversas, con identidad propia, lo cual ha provocado unos complejos procesos de diferenciación colectiva por razones muy diversas (étnicas, de género, culturales, lingüísticas, religiosas, etc.). La posibilidad de que algunos individuos posean derechos específicos por formar parte de un grupo es una

realidad contemporánea que Iris Young ha denominado 'ciudadanía diferenciada'¹.

La puesta en marcha de las denominadas 'políticas de la diferencia', políticas del 'reconocimiento' y política de la 'identidad', han acabado por cuestionar los pilares básicos del proyecto político 'individualista y universalista' de la Modernidad, determinando la crisis del concepto de Estado-nación y suscitando un intenso debate académico entre individualismo (liberalismo) y comunitarismo, del que se desprende, como corolario ineludible, la polémica entre los derechos de los individuos y los que se reclaman por parte de grupos o comunidades, como derechos colectivos.

Ante la insuficiencia de los derechos individuales para tratar adecuadamente las diferencias culturales, Will Kymlicka sostiene que del multiculturalismo derivan tres clases de derechos (colectivos), diferenciados en función del grupo: los derechos de *autogobierno* (exigencia de algún tipo de autonomía política e incluso a veces la secesión), los derechos *poliétnicos* (exigencia de respeto de la herencia étnica, formas de expresión, lenguaje, respeto de sus prácticas religiosas, esto es, que su particularidad o diferencia no obstaculice su éxito en las instituciones económicas y políticas de la sociedad dominante) y los derechos especiales de *representación* (exigencia de representación de los grupos diversos o diferentes porque la representación política es insuficiente, porque hay desventajas sistémicas que impiden su afirmación como grupo, así como su identidad)².

¹ YOUNG, I.M., "Polity and Groups Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship", en *Ethics*, 1989, 99/2, p. 258.

² KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 46-55.

Entre los grupos que reivindican estos derechos se encuentran las minorías nacionales o las naciones minoritarias, que pretenden conseguir, además del respeto a los derechos de los individuos que las integran, el reconocimiento y la protección del derecho a su existencia como grupo y del derecho a la propia identidad. Así pues, los derechos colectivos implican un cambio fundamental en las nociones de soberanía y de autodeterminación.

A continuación, en este capítulo, realizaremos una aproximación a todas estas cuestiones con el objeto de establecer y precisar, en primer lugar, si la autodeterminación puede calificarse como un derecho humano y, en segundo lugar, qué peculiaridades reviste la naturaleza 'colectiva' del derecho de autodeterminación.

1. ¿ES LA AUTODETERMINACIÓN UN DERECHO HUMANO?

Siendo así que la autodeterminación se ha configurado jurídicamente como un derecho, conviene abordar ahora otro de los debates que la autodeterminación ha suscitado, muy vinculado al debate sobre la titularidad colectiva de los derechos, como es el de determinar si estamos ante un derecho humano (o un derecho fundamental, según la denominación con la que se califique), con todas las implicaciones que ello conlleva, relativas a su inalienabilidad, inviolabilidad, imprescriptibilidad e irrenunciabilidad. Las posiciones al respecto entre los especialistas son bastante antagónicas³.

³ A modo de ejemplo, como partidarios de considerar que el derecho de autodeterminación de los pueblos integra la categoría de los derechos humanos, podemos citar entre otros a: GROS-ESPIELL, H., "En torno a la libre determinación de los pueblos", ADI, vol. III, 1976, p.53-54; Carrillo Salcedo (1976: 70), DE OBIETA CHABAUD, J.A., *El derecho de autodeterminación de*

Quienes sostienen que la autodeterminación es un derecho humano identifican esa condición en su configuración jurídica y en su ejercicio; en cambio, quienes le niegan esa calificación, suelen invocar dos argumentos, íntimamente conectados entre sí: su carácter abstracto y su titularidad colectiva. Lo que ahora nos interesa es establecer los elementos básicos que constituyen la noción de derechos humanos para determinar si la autodeterminación encaja en ella o si, por el contrario, estamos ante un tipo de derecho singular o diferente.

1.1. Presupuestos para aproximarse al concepto de derechos humanos

A nadie es ajena hoy día la expresión “derechos humanos”. Si interrogáramos a cualquier persona de nuestro entorno al respecto, seguramente nos respondería que se trata de algo evidente que requiere pocas explicaciones; probablemente porque esa persona, como tantos otros, posee una clara

los pueblos, Universidad de Deusto Bilbao, 1980, p. 48-83; VILLORO, L., *Estado plural, pluralidad de culturas*, México, Paidós- UNAM, 1999, p.88-92, MILLER, D., *Sobre la nacionalidad. Autodeterminación y pluralismo cultural*. Barcelona: Paidós, 1997, pp. 105-147, MacCORMICK, N., “Nació i nacionalisme”, *Afers*, N.8 (1988-89), p. 393, o el *Tribunal Supremo canadiense* (Dictamen consultivo referente a la secesión de Québec de 20 de agosto de 1998, párrafo 124). En sentido contrario, refutan esta tesis, entre otros, GEORGE, D., “The Right of National Self-determination”, *History of European Ideas*, London 1993, p. 507-508; PÉREZ LUÑO, A.E., “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, en F.J. ANSUATEGUI (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 262-263, NÚÑEZ LADEVÉZE, L., “Derechos de los pueblos y derechos humanos”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 121 (2003): 138-139, 150-154) y FERRAJOLI, L., “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en L. FERRAJOLI (y otros), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 360-362. RODRÍGUEZ ABASCAL, L., “El debate sobre los derechos de grupo”, en *Estado, justicia derechos*, Madrid, Alianza, 2002.

percepción y convicción de que tiene derechos y de cuáles son los esenciales. Ahora bien, si tratáramos de indagar un poco más sobre el fundamento de esos derechos, sobre sus características o sobre las atribuciones que de ellos se derivan, es muy probable que encontráramos respuestas divergentes, contradictorias o, incluso, que se remitiera a la enumeración que de ellos hace la Declaración Universal de 1948. En definitiva, parece claro que todos saben de la existencia de derechos humanos; muchos saben que se han formulado en un documento de trascendencia mundial; pocos necesitan de disquisiciones teóricas para reivindicarlos; pero casi todos ignoran la reflexión y el debate doctrinal surgido alrededor del concepto y sus repercusiones a la hora de formularlos o determinar su contenido⁴.

Más allá de su teorización en el ámbito académico o de las peculiaridades de su formulación positiva en el ámbito jurídico, los derechos humanos se han convertido en un signo caracterizador de nuestra época, en un distintivo inequívoco de nuestra cultura, en un patrimonio sagrado del lenguaje actual, una especie de “lugar común” de toda reivindicación política, social o cultural, una referencia ineludible de todas las propuestas y modelos actuales de organización social; pero también, no pocas veces, en un simple tópico. No obstante, y a pesar de un cierto desdibujamiento del concepto provocado por su uso masivo e indiscriminado, hoy día existe un consenso universal acerca de que los derechos humanos expresan el contenido fundamental de la idea de *justicia*; es decir, que los derechos humanos constituyen el mínimo –o el máximo– de justicia indiscutible. De ahí que en su reconocimiento y protección

⁴ Valga como ejemplo, anecdótico pero sintomático, un sondeo realizado en Estados Unidos, donde se leía a los viandantes unos textos relacionados con el fundamento de los derechos humanos y se les preguntaba qué les sugerían. La mayoría de ellos contestaron que les sonaban a máximas extraídas de El Capital de Karl Marx o del Libro Rojo de Mao (PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (6ª ed.), Madrid, Tecnos 1999, p. 21).

resida el criterio último por el que se mide la *legitimidad* de cualquier orden político, social, económico o jurídico. En este sentido, la noción de derechos humanos “marca los límites dentro de los cuales puede moverse la reflexión ética y política”⁵.

Desde esa premisa cabe caracterizar a los derechos humanos como unos derechos fundamentales y básicos del ser humano: *fundamentales*, porque se trata de un grupo de derechos de especial importancia, destinados a proteger los fundamentos esenciales de la condición humana: la propia “humanidad” del ser humano⁶; *básicos*, porque están destinados a satisfacer las exigencias básicas del ser humano derivadas de su dignidad: tanto las referidas a la libertad y la igualdad, inherentes a su condición de persona, como las relativas a la solidaridad, inherentes a su condición de sujeto social. Con los derechos humanos se trata, pues, de tutelar los bienes esenciales de todo ser humano: en cuanto a la posibilidad misma de su existencia (protección de la corporeidad), a su libre y original desarrollo (protección de la libertad) y a las exigencias de su convivir social (protección de la igualdad y la solidaridad). Todas estas exigencias se encuentran radicalmente vinculadas al elenco de las necesidades humanas más esenciales⁷.

⁵ “Los derechos humanos se han convertido, en cierto modo, en el banco de pruebas para cualquier teoría de la justicia: la validez o aceptabilidad de las mismas está en función de su grado de compromiso en la defensa de los derechos humanos, de su capacidad para dotar a los mismos de un fundamento sólido, para promover ‘nuevos’ derechos humanos, etc.” (BALLESTEROS, J. (coord.), *Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 16.).

⁶ RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 62. Conviene apuntar que la expresión “fundamentales” tiene también otra connotación cuando se aplica a los derechos humanos, refiriéndose a aquellos que están positivados en el Derecho interno de los Estados. Lo analizamos con detalle en el tercer apartado.

⁷ Hoy día resulta indiscutible que los derechos humanos abarcan el contenido sustancial de lo que nuestra sociedad entiende por justicia ya que en ellos se refleja la expresión más unánimemente aceptada de las exigencias de libertad, igualdad y solidaridad de los seres humanos. En otras palabras, hoy día puede afirmarse que el contenido de la justicia consiste

No obstante, si bien es cierto que los derechos humanos se han convertido en nuestros días en una fuente importante de *consenso*, también lo es que el precio a pagar por ese consenso es una profunda *imprecisión conceptual*. Debido precisamente a esa hipertrofia en su utilización, resulta muy difícil determinar adecuadamente su significado. En ese sentido, el término derechos humanos presenta una gran dosis de *ambigüedad* (puede ser, y es, empleado con muy diversas significaciones) y de *vaguedad* (es utilizado con una notable indeterminación e imprecisión). Y esto sucede no solo en el lenguaje vulgar y en el de la práctica política (especialmente), sino también en el de la teoría ética y jurídica, en cuyo ámbito no se ha producido una caracterización doctrinal clara, unívoca y precisa al respecto⁸.

Concretamente, en el campo de la Filosofía del Derecho desde el que realizamos esta tesis, existe un acuerdo generalizado en atribuir a los derechos humanos un lugar central en el universo jurídico; pero el consenso se agota ahí: en el reconocimiento de ese carácter central. Cuando de lo que se trata es de precisar qué debe entenderse por derechos humanos, de justificar la razón de que tales derechos existan o de explicitar sus notas características, la discusión doctrinal revela profundas divergencias. Nos encontramos, por tanto, ante un consenso generalizado en cuanto al *reconocimiento* de los derechos humanos, pero con profundas divergencias en lo que concierne a las diferentes maneras de entenderlos y fundamentarlos. Con todo, los derechos humanos constituyen en estos momentos la base de cualquier Estado de Derecho que pretenda estar a la altura de nuestro tiempo⁹.

en el reconocimiento, respeto y protección de los derechos humanos, en cuanto que exigencias fundamentales del ser humano (BALLESTEROS, J., *Derechos Humanos*, cit., p. 17).

⁸ *Ibíd.*, p. 18.

⁹ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 22 ss.

Por otra parte, la relevancia que ha adquirido la noción de derechos humanos tiene mucho que ver también con el logro histórico alcanzado en diciembre de 1948 con la proclamación de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH). Algunos autores, como Norberto Bobbio, se aprestaron a señalar que, a partir de ese momento, resultaba superfluo continuar debatiendo sobre un tema como el fundamento de los derechos humanos, alrededor del cual existían voces radicalmente discrepantes. Para superarlo, una vez alcanzado el consenso universal sobre su formulación, el objetivo primordial debía centrarse en lograr un sistema de garantías que los hiciera efectivos¹⁰. Pero la obsesión por las garantías, con ser un tema crucial, no ha resuelto los problemas de concepto y de fundamentación que resultan indispensables para poder determinar tanto el contenido de esos derechos (por ejemplo, para saber si la autodeterminación es una exigencia de la libertad); como quiénes son los sujetos de esos derechos (por ejemplo, para saber si un grupo o colectivo puede ser titular de un derecho humano); o para poder resolver posibles conflictos entre derechos (por ejemplo, entre la integridad territorial y la secesión).

Como consecuencia de todo lo anterior, analizaremos aquí las tres cuestiones fundamentales que determinan la noción de derechos humanos, a fin de que nos permitan determinar si la autodeterminación encaja o no en esa categoría. Así pues, deberemos abordar el concepto: ¿qué debemos entender por derechos humanos? Tendremos que analizar su fundamentación: ¿qué razones justifican su existencia? Y tendremos que especificar las notas que los caracterizan: ¿cómo podemos identificarlos?

Obviamente, todas estas cuestiones pretendemos abordarlas con un carácter

¹⁰ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, (trad. de R. De Asís), Sistema, Madrid 1991, pp. 21-23.

bastante sumario, simplificando razonamientos, esquematizando posiciones doctrinales y dejando solamente apuntados los complejos debates doctrinales que en la materia se han suscitado, en aras de orientarlos y encuadrarlos en el debate sobre el derecho de autodeterminación. Somos perfectamente conscientes de que cada uno de los temas que exponemos a continuación, necesitarían de un desarrollo y una profundidad que excedería por completo el objeto de esta tesis.

1.2. La ineludible conexión entre los derechos humanos y la dignidad

Como hemos apuntado al caracterizarla provisionalmente, la noción de derechos humanos está directamente ligada con la protección de los bienes esenciales del ser humano, que son exigencias derivadas de su *dignidad*. Analizaremos con más detalle este concepto, pero procede adelantar que la “dignidad humana” es el único concepto reconocido de manera universal e incontrovertida como fundamento de los derechos humanos en todos los textos y documentos jurídicos internacionales sobre la materia: tanto en el Preámbulo de la DUDH, en su primer párrafo: “*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*”; como en los Preámbulos de los dos pactos internacionales de 1966 – el de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)–, cuando señalan textualmente: “*Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente de la persona humana...*”. Por consiguiente, la noción de “dignidad humana” funciona en la teoría y en la filosofía de los derechos humanos como un “*prius*” o antecedente lógico respecto de cualquier intento de conceptualización o fundamentación de los mismos.

En este sentido, la Constitución española, en su artículo 10.1, consagra formalmente la dignidad de la persona humana como uno de los postulados previos y fundamentales de todo nuestro sistema: “*La dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social*”. Como puede verse, los tres primeros postulados se encuentran estrechamente vinculados y se deducen, especialmente el primero (los derechos inherentes), de la idea de dignidad, que luego se desarrolla y articula en los subsiguientes preceptos del Título primero.

Como consecuencia de su radical importancia para el concepto de derechos humanos, procede presentar aquí una primera aproximación a la idea de dignidad. Para el pensamiento clásico significa que el ser humano posee una excelencia o eminencia ontológica, una superioridad en el ser frente al resto de lo creado. Podemos decir que ello lo sitúa en *otro orden del ser*. La dignidad implica, pues, algo absoluto y no meramente relativo, ya que la diferencia con los otros seres sería cualitativa. Desde esta perspectiva la dignidad sería “la perfección o intensidad del ser que corresponde a la naturaleza humana y que se predica de la persona, en cuanto esta es la realización existencial de la naturaleza humana”¹¹.

Kant también entendió que la dignidad significa que los seres humanos “no son meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es, cosas cuya

¹¹ HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa 2000, p. 449. Por otro lado, como ya veremos, la posibilidad de aproximarnos al concepto de dignidad depende estrechamente de la teoría del conocimiento de la que partamos.

existencia es en sí misma un fin, y un fin tal que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir como medios”¹². Y en otro fragmento de su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* sostuvo: “aquello que tiene precio, puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite equivalentes, eso tiene una dignidad”¹³. Es difícil no conocer esta caracterización que Kant hizo de la dignidad porque es la que más se ha popularizado. De acuerdo con esos textos, podría sintetizarse como: la consideración de todo ser humano como un fin en sí mismo, no como un medio o instrumento que puede “utilizarse”. La dignidad sería, pues, esa cualidad que atribuye a todo ser humano un valor absoluto y le hace merecedor de un respeto absoluto¹⁴.

Así pues, la dignidad, como ha señalado con mucho énfasis el profesor Ballesteros, radica en el *ser*, no en el *tener*¹⁵. La dignidad concurre antes de poseer los indicadores humanos (conciencia, capacidad de sufrimiento, autonomía, etc.), porque tales cualidades afectan al *tener* del hombre y no a su *ser*, y por lo tanto no son notas universales. La dignidad, por ello, radica en aquello que todos los seres humanos tenemos en común: la naturaleza humana; y se encuentra en conexión con lo más intrínseco a ella: sus fines. Por ello, podemos afirmar que todo poseedor de una naturaleza humana es titular de una dignidad ontológica y debe ser tratado de un modo coherente con esta máxima dignidad, al tiempo que él mismo está llamado a encauzar su vida de acuerdo con su excelencia radical.

¹² KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, (trad. M. García Morente), Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País, 1992, p. 64.

¹³ *Ibid.*, p. 66.

¹⁴ APARISI, A., “En torno al principio de la dignidad humana”, *Cuadernos de Bioética* 2004 (2ª): 262-265.

¹⁵ BALLESTEROS, J., “Sobre la fundamentación antropológica de la universalidad de los derechos humanos”, *Real Academia de Cultura Valenciana*, Valencia, 1999, p. 24.

En consecuencia, si la dignidad es una condición propia e inherente a todo ser humano, debe ser reconocida a cualquier individuo de la especie *homo sapiens*, con independencia de su estado de desarrollo o sus peculiaridades físicas o psíquicas. Y, por ello, si la dignidad es el fundamento último de los derechos humanos, deberemos concluir que todo individuo de la especie humana es titular de derechos humanos, con independencia de su estado de desarrollo o sus peculiaridades físicas o psíquicas. Nos detendremos en ello cuando abordemos a fondo la fundamentación de los derechos humanos y su universalidad¹⁶.

1.3. La *transversalidad* del concepto de derechos humanos

La noción de derechos humanos se nos presenta con una notable peculiaridad: por un lado, se trata de un concepto a la vez histórico y filosófico; por otro lado, se trata de un concepto a la vez ético y jurídico. Esta doble transversalidad provoca ciertas dificultades a la hora de configurarlos.

En primer lugar, la noción de derechos humanos es un concepto histórico porque no ha existido siempre: aparece en un momento histórico y en un contexto cultural determinados. Podríamos señalar su origen (aunque cabe encontrar precedentes anteriores) en la Europa de finales del XVI que, ensangrentada por las guerras de religión, genera una serie de movimientos políticos y religiosos que reclaman *tolerancia* y respeto para aquellas creencias de los ciudadanos que no coinciden con la oficialmente profesada por el Estado. Pero, al mismo tiempo, es una noción que pertenece a la reflexión filosófica propia de la *Modernidad*, gestada en el seno de determinadas

¹⁶ APARISI, A., “En torno al principio de la dignidad humana”, cit., p. 266.

corrientes de pensamiento (el Humanismo y la Reforma), que se ha ido desarrollando al compás de la evolución del propio pensamiento y de los cambios sociales, culturales y económicos y que ha alcanzado su actual formulación a partir de la *Ilustración*. Nos encontramos, pues, ante un concepto vivo y en continua evolución¹⁷.

En un segundo sentido, se trata de un concepto histórico en cuanto que no puede considerarse elaborado de una vez por todas, de forma completa, acabada y definitiva. En efecto, la noción de derechos humanos evoluciona con el devenir histórico, tanto en lo que respecta a las connotaciones del concepto (sus rasgos, caracteres, notas o determinaciones), como en lo relativo a su extensión, esto es, al sector de realidades a que dicho concepto se aplica (en cuanto a los derechos que se incluyen dentro de la categoría “derechos humanos”). Por lo demás, las transformaciones en uno y otro plano están profundamente vinculadas¹⁸.

Su conexión con la dignidad humana y con las necesidades básicas es lo que explica esta historicidad. Los derechos humanos representan la concreción en cada momento histórico, de las exigencias básicas derivadas de la dignidad del ser humano, relativas a la libertad y la igualdad de las personas y a la solidaridad entre ellas. Estamos ante las exigencias más radicalmente vinculadas a las necesidades humanas básicas. Precisamente por eso, en contra de lo que puede parecer a primera vista, las exigencias de la dignidad humana, así como las necesidades humanas básicas, evolucionan dependiendo de los contextos históricos y sociales. De ahí que la formulación y el contenido de los derechos humanos también evolucione¹⁹.

¹⁷ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, T.I, Madrid, Eudeba, 1995, p. 65-69.

¹⁸ *Ibid.*, p. 73-78.

¹⁹ PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 44-46., salvo en lo que respecta a la referencia a la solidaridad.

Pero, por otro lado, los derechos humanos remiten en su propia noción a una ineludible dimensión jurídica. Su virtualidad práctica consiste en ser mecanismos o instrumentos para garantizar los bienes fundamentales de la persona exigencias de su dignidad, para lo cual necesitan de una fuerza normativa ineludible; esto es, de una plasmación en textos legales y constitucionales. Pero, al mismo tiempo, su naturaleza no se circunscribe al ámbito jurídico, sino que estriba fundamentalmente en una reflexión de tipo moral que reclama un tratamiento de los seres humanos coherente con su dignidad. Esto significa que los derechos humanos no son una creación de los legisladores, ni del poder político. En otras palabras, los derechos humanos no deben su existencia al derecho positivo, pero requieren de una formulación jurídica positiva para cumplir su finalidad protectora de los bienes fundamentales del ser humano. También en el ámbito del reconocimiento jurídico positivo, se han producido importantes transformaciones y avances a través del tiempo²⁰.

Así pues, los derechos humanos no son una noción absolutamente normativa sino histórico-práctica, que no se disuelve en un puro historicismo. No son reglas inexorables sino principios orientadores cuya interpretación y aplicación es inseparable de la consideración del contexto. Su elenco no constituye una lista cerrada; su contenido e interpretación vienen determinados en cada momento histórico, pero en todo caso la noción incluye un factor permanente: los derechos humanos son siempre mecanismos de garantía de bienes fundamentales de la persona²¹.

Una vez establecidos todos los presupuestos anteriores ¿se puede ofrecer una respuesta concreta a la pregunta: qué son los derechos humanos? No resulta

²⁰ *Ibíd.*, p. 47.

²¹ *Ibíd.*, p. 49.

fácil, ciertamente. Encerrar en una definición un concepto que requiere de tantos perfiles y matices comporta un gran riesgo; sobre todo, teniendo en cuenta que importantes estudiosos de la materia ya han planteado muchas y diversas y ninguna ha resultado definitiva. En todo caso, toda definición debe contar con las dos componentes ineludibles, señaladas por Pérez Luño, que integran la noción de derechos humanos: las exigencias de la dignidad como fundamento y las exigencias de positivación como garantía de su protección y ejercicio. Partiendo de esas coordenadas, y aprovechando la trama que este mismo autor elaboró con tanto acierto, cabría definir los derechos humanos como “el conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias propias de la dignidad humana, relativas a la vida, libertad, igualdad y solidaridad de los seres humanos, que deben ser positivamente reconocidas y plasmadas en los ordenamientos jurídicos de ámbito nacional e internacional”²².

1.4. Derechos humanos y derechos fundamentales

No es habitual cuestionarse si existe alguna diferencia entre el concepto de derechos humanos y el de derechos fundamentales. Es más, para una mayoría de autores, se trata de conceptos sinónimos. De ahí que, habitualmente, ambos términos se utilicen de manera indistinta, para aludir a una misma idea; no obstante, esto no es del todo correcto ya que cada uno de ellos presenta matices diferentes. Si acudiéramos, por ejemplo, a un diccionario jurídico, llamaría nuestra atención que la voz *derecho fundamental* no aparece como tal; a ella se alude en el apartado dedicado a los *derechos humanos o del hombre*. Esto se debe (así lo explica el propio diccionario) a que en España se suelen

²² PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 51

utilizar como sinónimos de esta expresión las siguientes locuciones: *derechos fundamentales, libertades fundamentales, derechos públicos subjetivos, derechos esenciales y derechos naturales*²³.

No vamos a entretenernos en pormenorizar las peculiaridades de cada uno de esos términos (aunque los tratados monográficos sobre derechos humanos se ocupan largamente de ello²⁴); sin embargo, dado que en el lenguaje político y jurídico las expresiones derechos humanos y derechos fundamentales se utilizan profusamente (no tanto los otros términos aludidos), delimitaremos el significado básico de ambos y valoraremos si, en última instancia, cabe constatar entre ellos diferencias significativas.

Muchos opinan que para diferenciarlos debemos guiarnos por el criterio de su diferente grado de concreción positiva. El término *derechos humanos* contaría con contornos más amplios e imprecisos que la noción de *derechos fundamentales*. En ese sentido, cuando utilizamos el término *derechos humanos* nos referimos básicamente a esos derechos en un sentido pre-normativo; es decir, considerando su existencia y su formulación desde un punto de vista genérico, carente todavía de una positivación legal concreta; de ahí que también lo apliquemos a aquellos derechos que han sido recogidos en algún texto o documento de carácter internacional. En cambio, cuando hablamos de *derechos fundamentales*, nos estamos refiriendo a derechos intra-estatales; esto es, a derechos expresamente recogidos en una norma del Derecho interno de un Estado y protegidos en su ejercicio por el aparato estatal. Con esta acepción solemos designar a los derechos que se sitúan en el

²³ Vid. *Diccionario Espasa Jurídico*, Madrid, Espasa Calpe, 2001, pp. 567-568

²⁴ Me remito, entre todos, al amplio y excelente análisis realizado por PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 29-43.

escalón más alto de la jerarquía normativa: aquellos que están incorporados al texto constitucional²⁵.

Esto no significa que el concepto *derechos humanos* aluda solamente a elaboraciones o especulaciones de tipo filosófico; hablamos de derechos con una connotación prescriptiva o deontológica ya que afectan a bienes y necesidades humanas básicas que deben ser garantizadas, de ahí que pugnen por ser positivados; sin embargo, a diferencia de los derechos fundamentales, no están todavía protegidos con garantías jurisdiccionales específicas para su ejercicio. Por ello, algunos los consideran declaraciones de principios, derechos morales o derechos “no justiciables”. La realidad es que permanecen a la espera de su formulación en el Derecho positivo, pero para ello haría falta de una jurisdicción internacional, capaz de tutelarlos y garantizarlos con eficacia²⁶. Los *derechos fundamentales*, por el contrario, poseen un sentido más preciso y estricto, limitándose a describir el conjunto de derechos y libertades jurídicas institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho positivo de un Estado. Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente²⁷.

¿Existe, entonces, alguna diferencia sustancial entre ambos conceptos? Desde el punto de vista conceptual no existe una diferencia esencial: en ambos casos estamos hablando de exigencias de la dignidad humana que deben ser positivadas. Desde el punto de vista jurídico sí existe diferencia, en tanto en

²⁵ MARTÍNEZ DE VALLEJO, B., “Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual”, en J. Ballesteros (ed.), *Derechos humanos*, cit., p. 58-60.

²⁶ Sobre esta cuestión puede consultarse, entre tantos, PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, vol. I, cit., pp. 176-177.

²⁷ *Ibíd.*, p. 178.

cuanto cabe encontrar entre los derechos reconocidos en declaraciones y convenios internacionales algunos que, aun constituyendo una exigencia de la dignidad humana, pueden no haber sido positivados, careciendo por tanto de garantías jurídicas para su ejercicio. En ese sentido, estaríamos hablando de un derecho humano que no ha adquirido su carácter de derecho fundamental en un Estado concreto. Desde este mismo punto de vista, los derechos humanos no están sometidos, ni en su formulación ni en su contenido, a las decisiones de la soberanía estatal, precisamente porque se plantean como límite al ejercicio de esa soberanía frente a los individuos²⁸.

Por el contrario, el modo en que un derecho humano adquiere su condición de derecho fundamental, mediante su plasmación en un texto legal, depende en último extremo de la soberanía estatal. Esta dicotomía, desde el punto de vista jurídico, provoca la paradoja de que ciertos derechos fundamentales puedan ser reconocidos en unos Estados y no en otros; que tengan un contenido diferente en uno y otro Estado; o incluso que, dentro del propio Estado, algunos derechos sean reconocidos a unos (los ciudadanos) y no a otros (los extranjeros)²⁹.

²⁸ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 152 ss.

²⁹ Para algunos autores importantes en el campo de los derechos humanos, la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales no resulta relevante. Para L. Ferrajoli, los derechos humanos pueden considerarse también fundamentales porque están incluidos en un documento jurídicamente vinculante para todos los estados del mundo. En ese sentido, también los extranjeros gozan de derechos fundamentales que ningún legislador puede restringir solo a los ciudadanos. De este modo, la noción de derechos humanos podría identificarse, en cuanto que categoría jurídica, a la noción de derechos fundamentales (vid. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 46-52). Por su parte, Peces-Barba, prefiere utilizar en exclusiva la denominación *derechos fundamentales* porque, a su juicio, es la más precisa ya que abarcaría las dos dimensiones de los derechos humanos: la moralidad básica y la juridicidad básica, sin caer en reduccionismos iusnaturalistas o

En todo caso, la diferenciación conceptual entre derechos humanos y fundamentales no debería ser relevante en cuanto a su positivación; en efecto, si se considera que tales derechos traducen una serie de bienes y necesidades esenciales del ser humano, que son exigencias irrenunciables de su dignidad y de su desarrollo como persona, entonces cuando hablamos de derechos fundamentales deberíamos contemplar a aquellos derechos que han recibido el más alto reconocimiento y protección por parte del ordenamiento jurídico. En el caso español, estos derechos son los que recoge la Constitución en el Título I y a los que otorga una especial protección.

1.5. Concepto y concepciones de los derechos humanos

Es esta una distinción que se puede hacer respecto a los derechos humanos, igual que respecto del Derecho y sus teorías, o de la ley natural y sus teorías. El concepto hace referencia al significado teórico y general de esta expresión. Las concepciones se refieren a las diversas interpretaciones posibles del concepto de derechos humanos.

Los derechos humanos son una realidad que, como la seguridad humana, el desarrollo humano o la calidad de vida, goza de desigual protección según los países y según las generaciones de derechos. Se ha dicho que los derechos humanos son *práctica social*, es decir, un conjunto de reglas, de actitudes, de comportamientos, de valoraciones con una proyección universalista, un *hecho*

positivistas. El término *derecho fundamental* abarcaría, pues, los presupuestos éticos, esto es, la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y que, por ello, adquiere relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento jurídico (PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos fundamentales*, cit., pp. 36-38). Sin embargo, A. E. Pérez Luño, prefiere reservar el término *derechos humanos* para la moralidad y el término *derechos fundamentales* para la juridicidad (PÉREZ LUÑO, A.E., *Los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 44 -51).

cultural, de cuya existencia no puede dudarse³⁰. Precisamente, para salvar su universalidad es necesario cobrar conciencia de su independencia respecto a cualquier doctrina moral particular, respecto a cualquier concepción política. Es necesario evitar el intento colonizador de la ética occidental y del liberalismo político sobre los derechos humanos³¹.

Este aspecto práctico, institucional, condicionado por la historia, distingue a los derechos humanos de los denominados derechos naturales. Los *derechos naturales*, tal y como fueron planteados por el iusnaturalismo racionalista, son una determinada concepción de los derechos humanos, caracterizada precisamente por carecer de sentido histórico y por su pretensión de exhaustividad, por su carácter cerrado. Frente a ello, debemos destacar la importancia que para el concepto de derechos humanos tiene el sentido histórico y la exigencia de su concreción a través del derecho positivo. No cabe establecer una lista exhaustiva, perfecta y acabada de los derechos. Estos deben tener en cuenta los nuevos retos, de ahí su carácter abierto³².

El concepto de derechos humanos, pues, no se identifica con una única concepción cerrada y acabada de los mismos. No existe una formulación canónica, una forma exclusiva de respetar las exigencias que se derivan de tales derechos. Los derechos humanos no se identifican con una ideología determinada, sino que pueden ser defendidos desde diferentes ideologías, concepciones del mundo y culturas. El concepto de derechos humanos está abierto a distintas concepciones y desarrollos. Cada ordenamiento jurídico que los reconoce y protege es una concreción histórica de las exigencias de la dignidad humana. Ni la única, ni la última concreción histórica³³.

³⁰ VIOLA, F., *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 195.

³¹ *Ibid.*, p. 89.

³² *Ibid.*, p. 95.

³³ PRIETO, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 87 y ss.

Esto no significa aceptar una especie de relativismo en el ámbito de los derechos humanos. Estos trascienden las culturas y las ideologías, y deben ser respetados por encima de esas diferencias, aunque haya modos diferentes de defenderlos y aplicarlos. Por otra parte, determinar cuál sea la concreción más adecuada del concepto de derechos humanos, en un contexto social e histórico determinado, debe ser objeto de reflexión desde la *razón práctica*. Y ello en el marco de la discusión y el debate democráticos. Por lo demás, en ese contexto, cabe siempre un análisis crítico sobre las decisiones del legislador y sobre su interpretación del concepto y la especificación de los derechos humanos.

1.6. Aproximación al concepto de derechos humanos

A pesar de la constante apelación a la idea de derechos humanos, como ya hemos apuntado, resulta difícil precisar el concepto desde la perspectiva ética y jurídica, en cuyo ámbito no existe una caracterización doctrinal excesivamente clara³⁴. En realidad, casi todos los conceptos adolecen de un cierto grado de imprecisión. Así ocurre con el concepto mismo de Derecho y también, lógicamente, con el concepto de derechos humanos.

Para aproximarse a dicho concepto, la vía que consideramos más acertada y clara es la seguida por el profesor Ballesteros, cuya caracterización aparece siempre vinculada a la mayor y mejor protección efectiva de las exigencias de la dignidad de todos los seres humanos³⁵. En ese sentido, se trata de evitar cualquier reduccionismo, contemplando solo alguna de las dimensiones de la persona; esto es, que acoja exclusivamente la dimensión de la libertad o la

³⁴ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 21 y ss.

³⁵ BALLESTEROS, J., *Derechos Humanos*, cit., p. 15-19.

igualdad o la salud, etc. Y, al mismo tiempo, evitando la confusión con otros conceptos afines, con los que se relaciona. En particular, reducir los derechos humanos a derechos fundamentales. Por otro lado, el profesor Ballesteros subraya también que el concepto de derechos humanos no puede separarse de su fundamento, de manera que en el modo de fundamentarlos va implícita la delimitación del concepto³⁶.

Ambas cuestiones (el concepto y la fundamentación de los derechos humanos) se encuentran muy lejos de haber alcanzado un estatus pacífico en la doctrina: estamos ante problemas teóricos abiertos, en torno a los cuales existe un intenso debate doctrinal, del que intentaremos dar cuenta sintéticamente aquí, siempre desde la perspectiva instrumental que ayude a responder mejor a la pregunta básica que hemos formulado en este capítulo: ¿es la autodeterminación un derecho humano?

1.6.1. La teoría voluntarista y la teoría del interés protegido

Es fácil asimilar los derechos humanos a la idea de 'derecho subjetivo' con el significado que esta expresión tiene en el Derecho privado o público: capacidades, facultades, poderes, etc. Pero no siempre, ni fundamentalmente, las exigencias de la dignidad humana se traducen en poderes o facultades para el sujeto; muchas veces se traducen (o deberían hacerlo) en exigencias de protección, más allá de la voluntad efectiva de la persona. Esta realidad es la que cuestiona una total identificación del derecho humano con la noción de derecho subjetivo. De ahí que para caracterizar los derechos humanos la primera cuestión que debemos aclarar es qué significa para un sujeto 'tener un derecho humano'. Para explicar, en general, lo que significa ser titular de

³⁶ *Ibíd.*, p. 20

derechos se han formulado, básicamente, dos tipos de teorías; la denominada teoría de la voluntad (tener un derecho es tener protegida jurídicamente la voluntad del sujeto) y la denominada teoría del bien o del interés (tener un derecho es tener protegido un bien o interés fundamental para un sujeto). Veamos ambas con algo de detalle.

A) La teoría voluntarista

Como hemos apuntado, la teoría de la voluntad está ligada a la elaboración de la categoría técnico-jurídica del *derecho subjetivo*, noción que presenta un marcado carácter voluntarista (directa relación entre el derecho y la voluntad del sujeto). El concepto de derecho subjetivo, desde esta perspectiva voluntarista, viene determinado como *dominio, potestad, libertad de elegir, facultad de disponer*. Parte de una imagen del hombre capaz de dominarse a sí mismo y a la naturaleza y capaz de oponerse a los otros. Al sujeto se le considera como un individuo autosuficiente³⁷.

La concepción voluntarista de los derechos surge con el *nominalismo* medieval, concretamente en la obra del franciscano británico Guillermo de Ockam (1290-1349). Esta teoría negaba los universales (el ser, el hombre, el mundo) y afirmaba que solo existían individuos concretos, seres y cosas concretas. Para Ockam, los *iura* (derechos) son potestades que remiten a la voluntad, es decir son “algo querido”, a diferencia del *ius* (Derecho objetivo), que es el dictamen de la *recta ratio*, y que remite a “lo conocido”. El paradigma de los *iura* es el derecho de propiedad, como poder de venta y enajenación. Ockam introdujo la visión del derecho subjetivo como potestad de un sujeto para usar una cosa (*ius poli*) o reivindicarla en juicio (*ius fori*) (derecho de uso - derecho de

³⁷ BALLESTEROS, J., *Derechos Humanos*, cit., p. 21.

propiedad). Esta noción pasa después al iusnaturalismo racionalista con Grocio (1583-1645), que considera al derecho subjetivo como manifestación de la autonomía de la voluntad. De ahí que se equipare la libertad con la propiedad y se la considere una cualidad tan enajenable como esta. También Puffendorf subraya esta libertad originaria ilimitada³⁸.

Fue Locke quien concibió los derechos humanos a imagen del derecho de propiedad; es decir, los derechos serían propiedades que el sujeto detenta y con las que puede comerciar al igual que con cualquier otro bien (uno puede vender su libertad, o su vida o cualquier otra de las cosas que posee). Para Locke, los derechos naturales de todo hombre son, como sabemos, la vida, la salud, la libertad y la propiedad. Por eso afirma que el hombre tiene la propiedad de su vida, de su salud, de su libertad y de sus posesiones. Locke no solo ve la totalidad de los derechos como “propiedad”, sino que además considera la “obra de las manos” superior al “trabajo del cuerpo” y, por tanto, considera al *homo faber* (la burguesía industrial) superior al *animal laborans* (campesinado)³⁹.

Esta misma concepción voluntarista de los derechos pasa después a la Escuela Histórica del Derecho (Savigny) y a la Jurisprudencia de conceptos (Puchta, Windscheid), con quienes culmina la elaboración técnico-jurídica de la categoría del *derecho subjetivo*. Savigny concibe el derecho subjetivo como “poder de disposición y enajenación”, siendo la propiedad el prototipo de los

³⁸ *Ibid.*, p. 22.

³⁹ El trabajo del cuerpo se limitaría a satisfacer necesidades humanas básicas sin dejar un residuo, por lo que su titular, el *animal laborans* se limita a sobrevivir y no sería capaz de proyectar. El *homo faber*, en cambio, crea algo nuevo y distinto respecto a las simples necesidades humanas cotidianas, que puede conservarse y convertirse en dinero, siendo así la base de la acumulación y la riqueza. La primacía del *homo faber* es la que justifica la acumulación ilimitada de bienes y señala la riqueza como el objetivo fundamental del sujeto (*Ibidem*).

derechos, concebida como “señorío ilimitado y exclusivo de una persona sobre una cosa. Ello tiene como efecto la posibilidad de la riqueza y la pobreza, una y otra sin límites”⁴⁰.

En la actualidad, los grandes defensores de la teoría de la voluntad son Herbert Hart y el resto de autores encuadrados en el positivismo anglosajón, para quienes tener un derecho significa: “preeminencia de la opción de un individuo sobre la voluntad de otros en una materia y en una relación dada”. El contenido de los derechos se materializa, pues, en actos de voluntad, es decir, en la facultad de elegir, de optar. Para el profesor Ballesteros, podría sintetizarse en el siguiente lema: *‘tengo autonomía, luego tengo derechos’*; es decir, los derechos sirven al sujeto para poder edificar su propio proyecto de vida con independencia de otros⁴¹.

Ahora bien, ¿los derechos humanos pueden identificarse absolutamente con la noción de derecho subjetivo elaborada por las teorías de la voluntad? Hay una cosa que resulta innegable: en la actualidad, la teoría voluntarista va ganando terreno como concepción dominante de los derechos humanos en las sociedades occidentales. Es decir, tener un derecho humano se identifica cada vez más con la facultad o capacidad del sujeto de decidir libremente (con plena autonomía) sobre cualquier aspecto de su existencia, sin limitaciones⁴². A

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 25.

⁴¹ BALLESTEROS, J., *Derechos Humanos*, cit., p. 21.

⁴² No cabe duda de que la concepción voluntarista del derecho subjetivo es muy válida para defender la que hemos denominado “libertad de los modernos”, es decir, la autonomía moral y el ámbito de la intimidad; la exclusión de la coacción en la vida personal, familiar y espiritual: la esfera privada, la *privacy*. En definitiva, para defender al ser humano en cuanto sujeto moral a través de las libertades personales. La teoría voluntarista garantiza “*el derecho del ser humano de ser feliz a su modo*”, como estableció Kant, sin que el Estado pretenda imponerle ese modo. Pero el propio Kant advertía que este *derecho a la felicidad* debía respetar escrupulosamente el derecho a la libertad ajena. Y no solo eso. La autonomía en Kant está fundada sobre la

pesar de esta realidad, explicar la naturaleza de los derechos humanos como una pura manifestación de la autonomía del sujeto suscita graves incoherencias, que el profesor Ballesteros ha evidenciado con claridad⁴³:

- En primer lugar, la concepción voluntarista de los derechos humanos atenta contra su carácter universal, puesto que solo contempla como titulares de derechos a quienes son individuos autónomos, esto es, a quienes tienen capacidad de elegir, de tener un proyecto personal de vida. Algo que sucede en el Derecho privado con la capacidad de obrar, exclusivamente concedida al sujeto adulto, capaz y competente. Pero, con ello, se excluye de la condición de sujeto de derechos (o se debilita mucho esa titularidad) a quienes no son sujetos autónomos. Al no ser titulares plenos (autónomos), tan solo se les considera bienes protegibles, de manera que, si deben confrontarse con pretensiones de auténticos titulares autónomos, o con otros bienes más valiosos, sus pretensiones decaen. Así sucede con los no nacidos (las leyes abortivas son un paradigma en esta cuestión en el caso de la decisión de abortar de la madre o de malformaciones); y lo mismo sucede respecto de la legalización de la eutanasia en el caso ancianos demenciados, enfermos terminales o en coma, tetrapléjicos, etc.
- En la medida en que la propiedad (esencialmente disponible) aparece como el arquetipo del derecho subjetivo, se tiende a concebir los

universalidad del deber; de ahí que, en todo caso, haya que respetar el imperativo categórico: *“obra de tal modo que trates siempre a la humanidad, tanto en ti mismo como en los demás, siempre como un fin y nunca solo como un medio”*. En consecuencia, el voluntarismo se convierte en un verdadero lastre cuando identifica la autonomía con la autarquía y la autosuficiencia y concibe los derechos como pretensiones ilimitadas (BALLESTEROS, J., *Derechos Humanos*, cit., p. 22).

⁴³ *Ibíd.*, p. 22.23.

derechos humanos como disponibles. De este modo, al negar su condición de irrenunciables, los derechos pueden llegar a utilizarse, paradójicamente, contra el propio sujeto titular de los derechos (cabría invocar el derecho a la vida para justificar la voluntad de morir de un sujeto, como sucede con la eutanasia)⁴⁴. Sin entrar en mayores consideraciones, se invoca el derecho a la libre disposición sobre el cuerpo para justificar la prostitución, o la libre disposición de la intimidad para justificar la pornografía.

- En tercer lugar, el voluntarismo individualista es un planteamiento exclusivo del mundo occidental, que dificulta enormemente el diálogo intercultural. La creciente impronta voluntarista - individualista de los derechos humanos resulta difícilmente aceptable desde las tradiciones no occidentales que subrayan la importancia de la dimensión comunitaria de la existencia humana y la primacía de los deberes⁴⁵. No obstante, y paradójicamente, el voluntarismo tiende a extenderse, junto con la primacía del mercado, a otras culturas, con las graves tensiones que esto genera en sociedades en las que rigen los valores opuestos⁴⁶.

Lo que acabamos de exponer indica que la teoría de la voluntad, bajo el paradigma del derecho subjetivo, no permite explicar la verdadera naturaleza de los derechos humanos como exigencias irrenunciables de la dignidad del ser humano, ni su carácter universal, ni su función protectora de esos bienes fundamentales. De ahí la necesidad de buscar otra concepción que consiga respetar estos elementos.

⁴⁴ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 32.

⁴⁵ MONZÓN, A., "Derechos humanos y diálogo intercultural", cit., p.120-123.

⁴⁶ BALLESTEROS, J., *Derechos Humanos*, cit., p. 25.

B) Teoría del bien o del interés protegido

La denominada *teoría del interés legítimo* surgió en Alemania, en el siglo XIX, de la pluma de R. von Ihering, para quien tener un derecho significa ser titular de un “interés jurídicamente protegido”. En este mismo sentido se pronunció O. von Gierke. En la actualidad ha sido reformulada, entre otros, por Neil MacCormick, para quien solo puede haber un derecho cuando “existe un bien de tal importancia que resulta tutelado por el ordenamiento jurídico”⁴⁷.

El mayor acierto de la *teoría del bien jurídico protegido* radica en destacar que para ser titular de derechos no es necesario ser un sujeto autónomo (expresar una voluntad de querer algo), ni siquiera hace falta ser consciente de que uno quiere algo. En esa línea, se desarrolla la tesis de MacCormick: los derechos son instrumentos jurídicos destinados a proteger aquellos bienes que, en circunstancias normales, satisfacen necesidades básicas de todas las personas (o de una determinada categoría de personas), independientemente de la voluntad de esas personas. Basta con que exista un interés, un bien, una necesidad básica que deba ser protegida, una carencia que deba ser suplida, para que el derecho deba articular jurídicamente la protección y garantía de ese bien a la persona⁴⁸.

Esta propuesta podría sintetizarse en el siguiente lema: ‘*tengo necesidades, luego tengo derechos*’⁴⁹; es decir, tengo necesidad de determinados bienes, pues entonces soy titular de los derechos que los garantizan. Los derechos se conciben, pues, como medio de satisfacción de las necesidades básicas, como remedio a las carencias. Esta concepción estaría en sintonía con la “liberación

⁴⁷ MacCORMICK, N., “Los derechos de los niños”, cit., p. 296

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 297.

⁴⁹ BALLESTEROS, J., *Derechos humanos*, cit., p. 26.

del miedo y de la miseria” como necesidades fundamentales, plasmado en la *Carta del Atlántico* redactada por Churchill y Roosevelt, y que fue la base de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* del 48⁵⁰.

Esta teoría presenta un nivel explicativo mucho mayor sobre la naturaleza de los derechos humanos. De entrada, se evita la tradicional distinción (propia del Derecho privado y público) entre capacidad jurídica (capacidad para ser titular de los derechos) y capacidad de obrar (capacidad para el ejercicio de los mismos), que solo tienen los adultos. Solo desde esta perspectiva se garantiza la titularidad universal de los derechos: todos los seres humanos son titulares de derechos humanos, con independencia de que sean o no jurídicamente capaces (no nacidos, ancianos, enfermos, incluso las futuras generaciones).

Al mismo tiempo, la teoría del interés viene a establecer límites a los derechos. En efecto, es necesario conciliar la protección de bienes que pueden ser contrapuestos (p. ej. la intimidad y la información), de ahí la exigencia de no considerarlos absolutos o ilimitados y de someterlos a una ponderación. Por otra parte, se subraya también la realidad interdependiente del ser humano, cuyo ejercicio de los derechos exige reciprocidad. Ningún derecho puede basarse exclusivamente en la voluntad, ni ser una pretensión incondicionada sin respetar el nexo existencial con los otros. Respeto a la dignidad y reciprocidad en el trato con el otro son la clave de los derechos⁵¹.

Esta concepción *no ilimitada* de los derechos aparece con claridad en el art. 29 de la *Declaración Universal* cuando se refiere a los derechos de los otros y a los deberes con la comunidad, pues solo en ella puede la persona desarrollar libre y plenamente su personalidad. En el *Convenio Europeo* hay referencias constantes a los límites de los derechos, debidos al necesario respeto a los

⁵⁰ RODRÍGUEZ TOUBES, J., *La razón de los derechos*, cit., p.2.

⁵¹ OLLERO, A., *¿Tiene razón el derecho?*, cit., p.401.

derechos de los demás y a la salvaguarda de determinados fines de interés general (artículos 8, 9, 10, 11 CEDH).

La teoría del interés (interés deriva de *inter esse*, “relación”) al subrayar la compenetración entre derecho y deber y el carácter inalienable de los derechos, guarda mayor relación con el modo de comprender los derechos en otras culturas, en especial, África y Asia, donde el economicismo y el voluntarismo están ausentes⁵². Así, la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, de 2 de mayo de 1948, la *Convención Americana de Derechos humanos*, de 1969 y la *Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos*, de 1981 (en vigor desde 1986), destacan la importancia de la responsabilidad y de los deberes en relación con la familia, la sociedad, el Estado y la comunidad internacional⁵³.

1.6.2. La protección de lo ‘humano’

Cuando hablamos de derechos humanos, obviamente, no estamos hablando del mismo tipo de derecho que el que tienen los accionistas de las sociedades anónimas o el titular de un crédito hipotecario. ¿Cuál es la especificidad de los derechos humanos respecto de otro tipo de derechos subjetivos? Basta acudir a la propia denominación para entender, con claridad, que estamos ante derechos que afectan de manera intrínseca e inherente a bienes esenciales de la condición humana. En otras palabras, un derecho humano es un instrumento que protege bienes intrínsecamente ligados a la dignidad del ser humano. Afirmar esto exige sostener los dos siguientes presupuestos:

⁵² BALLESTEROS, J., *Postmodernidad*, cit., p. 148.

⁵³ El art. 32 de la *Convención Americana* habla de deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

a) Que todo ser humano –todo individuo de la especie humana– es *persona*; es decir, es sujeto titular de derechos. Esto debe afirmarse frente a quienes defienden el denominado *personismo* (distinción entre simples “seres humanos”, no titulares de derechos, y “personas”, que serían los sujetos de derechos). En ese sentido, el art. 6 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* establece que: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”⁵⁴.

b) El bien jurídicamente protegido por los derechos humanos es *la propia humanidad del ser humano*. Una humanidad que incluye la corporeidad (vida y salud) y la espiritualidad (libertad y conciencia), intrínsecamente unidas. Eso es lo que somos los seres humanos: corporeidad espiritualizada, dotada de conciencia y libertad y, a la inversa: espíritu, libertad y conciencia encarnada. Ese bien jurídicamente protegido en los derechos humanos no es el *tener*, algo extrínseco al ser humano, sino *el propio ser*, algo que es intrínseco a todo ser humano. Por esa razón, Meyer-Bisch afirma que, desde un punto de vista general, los derechos humanos son *derechos a ser* y no solamente derechos a tener unos bienes o a disfrutar de unos servicios⁵⁵.

Las notas que caracterizan a los derechos humanos: universalidad, inviolabilidad, inalienabilidad e indivisibilidad, son consecuencia de esta especificidad.

⁵⁴ BALLESTEROS, J., *Derechos humanos*, cit., p. 26.

⁵⁵ MEYER-BISCH, P., *Le corps des droits de l'homme*, Éditions Universitaires, Fribourg, 1992, p. 74.

1.7. Autodeterminación y fundamentación positivista de los derechos humanos

Muchos han afirmado la inutilidad de debatir sobre el fundamento de los derechos humanos y, siguiendo a Norberto Bobbio, entienden que, una vez promulgada y aceptada la *Declaración Universal* de 1948, que nadie cuestiona, lo realmente decisivo es luchar por garantizarlos efectivamente⁵⁶.

No obstante, como subraya Francesco Viola, conviene recordar que todo argumento que no está fundado en una razón fuerte es un argumento frágil. Ciertamente, el tipo de razón presente en el Derecho no es la razón matemática, sino la *razón práctica*, basada en la argumentación, de la que no cabe obtener una evidencia total. El escepticismo ante el esfuerzo por fundamentar los derechos procede, en gran medida, de aquí: de la vana pretensión por encontrar un fundamento tan inapelable e irrefutable como una demostración matemática, que el Derecho también debería hacer efectivo mediante el poder. Para muchos, no compensa perder el tiempo en simples argumentaciones teóricas y merece más la pena emplearlo en poner en marcha instrumentos jurídicos.

La fundamentación positivista de los derechos humanos se apoya en la visión de autores como Laband, Jellinek o Kelsen. Para estos, el fundamento de los derechos reside exclusivamente en la Ley; y esta, a su vez, no es más que expresión de la voluntad mayoritaria de los ciudadanos (positivismo legalista). La concepción positivista del Derecho se legitima a través de la democracia; es decir, aquello que se decide por los ciudadanos justifica y fundamenta los derechos (positivismo sociologista). Así pues, derechos humanos y democracia estarían unidos de modo indisoluble. El positivismo entiende que no cabe

⁵⁶ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, cit., p. 34.

hablar de derechos humanos fuera del ámbito democrático, ya que el derecho a la participación política, la ley como expresión de la voluntad popular y los mecanismos de control del poder político son elementos esenciales para poder reconocer y garantizar los derechos humanos.

Lo que no parece entender el positivismo legalista es que la democracia, por sí misma, no puede justificar y fundamentar los derechos humanos. La democracia no es el fundamento de los derechos; al contrario, son los derechos humanos, su reconocimiento y garantía, quienes justifican y legitiman un régimen político como democrático. Es decir, solo cuando se garantizan determinados derechos (los de participación y los que permiten la transparencia y control del poder político, además de las libertades públicas) cabe hablar de democracia. Por ello, la decisión mayoritaria de la ciudadanía puede garantizar determinados derechos, pero también puede no hacerlo. El régimen nacionalsocialista, que gobernó Alemania durante los años treinta del siglo pasado, surgió de unas elecciones libres, con sufragio universal y promulgó leyes atroces con el respaldo de una mayoría parlamentaria⁵⁷.

Así pues, considerar que lo único importante es la positivación de los derechos, cuando se trata del ámbito interno de un país, implica reducir los derechos humanos a los derechos fundamentales y esa es una garantía muy débil y limitada para los derechos, tanto espacial como conceptual. El límite de la democracia son los Estados nacionales y los derechos deben ser universales⁵⁸.

Una variante del positivismo está representada por el 'contractualismo' defendido por autores como Bobbio, Habermas o Rawls, que asumen el consensualismo para establecer los derechos, pero prescinden de los

⁵⁷ BALLESTEROS, J., *Derechos humanos*, cit., p. 26.

⁵⁸ *Ibidem*.

postulados antropológicos del contractualismo clásico y del individualismo liberal. Se trata de una teoría que explica el cómo de la aparición de las declaraciones de derechos, pero no explica el por qué⁵⁹.

Tras la *Declaración Universal* del 48, entienden estos autores, no hace falta buscar un fundamento a los derechos humanos. Para Bobbio, a partir de entonces, lo verdaderamente importante es la efectividad y garantía de esos derechos, no discutir sobre el fundamento. Para Rorty, por ejemplo, bastaría con el reconocimiento internacional adquirido por esa Declaración para justificar y fundamentar su contenido⁶⁰.

La posición de Bobbio ha sido criticada por muchos, señalando que excluir el problema del fundamento y fijarse únicamente en la Declaración universal, supone avalar un puro consenso fáctico, estratégico, pero no un verdadero consenso racional. Esas críticas podrían sintetizarse así⁶¹:

- Todo acuerdo es frágil si no está fundado sobre la razón. Un simple consenso puede dejar de serlo y formarse en sentido contrario. Los contractualistas no lo cifraron todo en el contrato, sino en el contenido normativo que debía tener ese contrato.
- El consenso no es suficiente para fundamentar los derechos humanos, ya que en él participan exclusivamente aquellos que son capaces de decidir, lo que deja fuera a quienes ahora no lo son o las futuras generaciones. De manera que ese consenso ya no será tal y podría alterar el actual sistema de derechos.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 29

⁶⁰ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, cit., p. 67.

⁶¹ MUGUERZA, J., "Problemas actuales sobre derechos humanos", en MUGUERZA (et al.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989, p.199 ss.

Como podemos observar, si el fundamento de los derechos humanos radica en un consenso, más o menos amplio, respecto de cualquier bien o interés que se considere protegible y su pertinente reconocimiento jurídico, entonces, desde el punto de vista conceptual, carecería de sentido especular sobre la naturaleza jurídica de la autodeterminación, bastaría con que una mayoría (la unanimidad no existe), en el interior de un Estado, decidiera independizarse del mismo para que esta decisión adquiriera naturaleza de derecho básico. Existiendo consenso, la decisión de una parte de la población de separarse del Estado al que institucionalmente pertenece, debería ser jurídicamente reconocida y garantizada por el mero efecto del consenso ciudadano. Y, en efecto, puesto que el derecho de libre determinación está positivado en los dos Pactos Internacionales de la ONU, nada impide su ejercicio; al contrario, lo que resultaría pertinente es reconocerlo, promoverlo y garantizarlo a quienes decidan ponerlo en práctica.

1.8. Autodeterminación y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos

Para el iusnaturalismo el contenido del Derecho no es discrecional, sino que se apoya en la singularidad ontológica de la naturaleza humana; una singularidad que viene representada por la noción de dignidad. La dignidad es la que confiere a todo ser humano un carácter absoluto. La defensa de ese carácter absoluto del ser humano es lo que justifica y fundamenta la existencia de los derechos humanos.

En efecto, como ya hemos recordado, acogiendo la máxima kantiana, la dignidad significa que los seres humanos “no son meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino

que son fines objetivos, esto es, cosas cuya existencia es en sí misma un fin, y un fin tal que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir como medios”⁶². De igual modo, también estableció la dignidad (lo que no tiene precio) como criterio de distinción fundamental entre personas y cosas: “aquello que tiene precio, puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite equivalentes, eso tiene una dignidad”⁶³. De acuerdo con esos textos, debemos entender la dignidad como aquella consideración que hace de todo ser humano un fin en sí mismo, no un medio o instrumento que puede intercambiarse o instrumentalizarse. La dignidad sería, pues, esa cualidad que atribuye a todo ser humano un valor absoluto y le hace merecedor de un respeto absoluto⁶⁴.

Como ha señalado el profesor Ballesteros, la dignidad radica en aquello que todos los seres humanos tenemos en común: la naturaleza humana; y se encuentra en conexión con lo más intrínseco a ella: sus fines. Por ello, podemos afirmar que todo poseedor de una naturaleza humana es titular de una dignidad ontológica y debe ser tratado de un modo coherente con esta máxima dignidad, al tiempo que él mismo está llamado a encauzar su vida de acuerdo con su excelencia radical⁶⁵.

En consecuencia, si la dignidad es el fundamento último de los derechos humanos, deberemos concluir que todo individuo de la especie humana es

⁶² KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cit., p. 64.

⁶³ *Ibid.*, p. 66.

⁶⁴ APARISI, A., “En torno al principio de la dignidad humana”, cit., p. 262-265.

⁶⁵ BALLESTEROS, J., “Sobre la fundamentación antropológica de la universalidad de los derechos humanos”, cit., p. 24.

titular de derechos humanos, con independencia de su estado de desarrollo o sus peculiaridades físicas o psíquicas⁶⁶.

Siguiendo al profesor Ballesteros, la afirmación de la dignidad como fundamento universal de los derechos humanos genera, al menos tres consecuencias⁶⁷:

a) Todos los seres humanos son dignos porque son únicos e irrepetibles.

El fundamento de la dignidad radica, pues, en que toda persona es única y, por tanto, irremplazable, mientras que las cosas pueden ser reemplazadas por otras, por ello tienen un precio. Este carácter único significa que la persona no es un simple individuo de una especie, no es algo relativo, sino absoluto.

b) Los seres humanos son dignos en sí, más allá de su comportamiento.

No hay seres humanos más dignos que otros. Por ello es importante distinguir entre *dignidad ontológica* (dignidad en sí) y dignidad moral (dignidad en función de lo que se hace, de las virtudes que se tienen). La dignidad humana que fundamenta los derechos es la ontológica, aquella que está por encima del comportamiento. Todo ser humano es ontológicamente digno, independientemente de su comportamiento ético.

c) Todo ser humano es digno, no solo en su dimensión racional sino también en la corporal. La dignidad afecta a la totalidad de la persona, en tanto que cada persona es indisolublemente conciencia y

⁶⁶ APARISI, A., "En torno al principio de la dignidad humana", cit., p. 266.

⁶⁷ BALLESTEROS, J., *Derechos humanos*, cit., p. 49.

corporalidad. Yo soy mi cuerpo del mismo modo que soy mi razón y mi conciencia, que se manifiesta a través de actos corporales.

La dignidad humana, en cuanto que va más allá de la autonomía, descubre la necesidad como el ámbito más radical de lo humano. La dignidad no excluye las necesidades, al contrario, exige que se satisfagan. El fundamento de los derechos humanos está, pues, en la existencia de necesidades humanas básicas y en la exigencia de establecer los medios y los instrumentos para satisfacerlas.

Se trata, pues, del planteamiento del Estado social de derecho y su función promocional. En efecto, la satisfacción de las necesidades básicas provoca en el Derecho la aparición de las normas de *promoción social*, es decir, aquellas que se refieren a la consecución de los derechos de la segunda generación, que hacen referencia a la satisfacción de las necesidades fundamentales del ser humano en relación con su salud, su alimento, su vestido, su vivienda, su educación, su cuidado⁶⁸.

En relación con el tema que nos ocupa, cuando conectamos los derechos humanos y la dignidad, entonces la justificación de la autodeterminación como un derecho humano supera el mero consenso fáctico y requiere necesariamente identificar elementos básicos que la vinculan con una exigencia de la dignidad humana, con la satisfacción de una necesidad básica. Como veremos a continuación, la autodeterminación puede cubrir esa vinculación en tanto que una determinada comunidad no tenga garantizado (o vea vulnerado) el ejercicio efectivo o la titularidad misma de los derechos humanos básicos (discriminación o *apartheid*); o bien, en tanto que una comunidad carezca de la necesaria representación política institucional dentro

⁶⁸ BALLESTEROS J., *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos 1989, p. 58

del Estado, que la faculte para hacer valer sus intereses como grupo; o bien en tanto que una comunidad minoritaria dentro de un Estado vea peligrar la identidad cultural de sus miembros al verse sometida a procesos de asimilación por parte del grupo cultural dominante y mayoritario. En todos estos supuestos, cabría considerar que la dignidad de los miembros de un grupo humano podría verse conculcada y exigiría un contexto político diferente que garantizara efectivamente todas esas manifestaciones. Lo estudiaremos con detenimiento en los siguientes apartados.

1.9. La universalidad de los derechos humanos

La universalidad como nota característica de los derechos humanos hace referencia, primordialmente, a la *titularidad* (universal) de estos derechos: todos los seres humanos son igualmente titulares de los derechos humanos⁶⁹.

La vocación de universalidad es un rasgo esencial e inherente a la idea de derechos humanos desde sus orígenes. Es esta vocación de universalidad la que otorga a la idea de derechos humanos su particular significación como instrumento de progreso, de liberación, de emancipación humana, y también de defensa, protección y tutela de los seres humanos más débiles. Precisamente, el indiscutible carácter universal de los derechos fue el impulso (y legitimador) de los procesos de generalización y especificación de los mismos. Resulta difícil, en efecto, concebir la idea de derechos humanos prescindiendo de su carácter universal⁷⁰.

⁶⁹ Sobre la nota de universalidad, vid. FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, cap. I, pp. 25 y ss. y bibliografía allí citada.

⁷⁰ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 198 ss.

En la actualidad, sin embargo, existe una clara tendencia a cuestionar esta nota esencial, fundamentalmente desde dos perspectivas: la realidad pluricultural del planeta (junto al pretendido etnocentrismo de occidente) y la falta de una garantía o cobertura universal para los derechos. Este cuestionamiento se apoya, como señala la profesora Encarnación Fernández, en la confusión de dos planos distintos: el de la universalidad como nota del concepto de derechos humanos y el de la universalidad como una cuestión de hecho. El segundo de los aspectos no admite discusión posible: es obvio que los derechos humanos no se encuentran hoy garantizados a nivel planetario (universal), ni tampoco han sido adecuadamente reconocidos y garantizados en todos los periodos históricos. Ahora bien, una cosa es constatar esta cuestión de hecho y otra cosa distinta es deducir de ella que la universalidad ya no es válida como nota característica del concepto de derechos humanos. Aun cuando los derechos fueron, en su origen, un simple texto redactado en un papel y sin eficacia real, no dejaron por ello de nacer desde la universalidad y para la universalidad⁷¹. En consecuencia, frente a esta objeción, podemos afirmar:

- Desde el punto de vista teórico, la noción de derechos humanos despojada del rasgo de la universalidad se desvirtúa, pierde su sentido y significado propios, su poder emancipador y protector.
- Desde el punto de vista práctico, de la protección y garantías de los derechos, la renuncia a la universalidad en el terreno de los principios significaría aceptar de facto que hay seres humanos que carecen de derechos como realidad inevitable.

⁷¹ FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y derechos humanos*, cit., p. 27.

- Desde el punto de vista de los sujetos, excluir la universalidad opera siempre en detrimento de los más débiles, de los peor situados, que son los que más necesitan la protección y la legitimación para reivindicar los derechos de los que carecen y cuyo argumento básico es, precisamente, la convicción de que son universales⁷².

1.9.1. Universalidad abstracta y concreta

Conviene evitar un planteamiento *simplista* de la universalidad. Es necesario realizar una interpretación concreta (no abstracta) de la universalidad. ¿Qué significa esto? Pues significa que la universalidad no debe entenderse en el sentido de que todos los derechos humanos (los troncales y los específicos) correspondan a todos los seres humanos, en todo momento y bajo cualquier circunstancia, porque esto no es así en todos los casos. La universalidad como nota del concepto de derechos humanos es algo *abstracto*, pero no es algo simplemente *genérico*: “todos para todos y sin distinción”. Entenderlo así contribuye a suscitar confusión. Hay que distinguir.

Los derechos humanos, que cabe denominar como *troncales* o *básicos*, sí gozan de esa universalidad abstracta. ¿Qué bienes cabe calificar como troncales o básicos? Como ya dijimos, aquello que protegen los derechos humanos es la propia humanidad del ser humano, y esto se traduce en la protección incondicional de la corporeidad (vida y salud) y de la libertad. Esos bienes son los que constituyen a los derechos humanos básicos (troncales): la vida, la salud, la integridad física y mental y las libertades individuales. Todos los seres humanos son titulares de estos derechos troncales.

Pero hay otra serie de bienes, cuya peculiaridad y especificidad opera en

⁷² *Ibíd.*, p. 28.

función de las diversas situaciones vitales de la persona (p. ej., ser un niño, o ser discapacitado, o ser refugiado, o estar detenido). En estos casos, la situación vital singulariza los bienes que se han de proteger y categoriza a sus titulares, de modo que la universalidad se convierte en un factor de concreción y no de abstracción. Igual sucede con aquellos derechos que operan en función de los diversos papeles sociales e institucionales del individuo (p. ej., en cuanto trabajador, en cuanto madre o padre, en cuanto jubilado) o aquellos derechos que se especifican en función de la pertenencia a una determinada minoría cultural, religiosa o lingüística⁷³.

En efecto, la titularidad de los derechos de los detenidos (*habeas corpus*) no los tienen quienes están libres. La mayor parte de los derechos sociales (aunque no todos), son propiamente derechos de los trabajadores, que no afectan a quienes no lo son. La libertad de educar a los hijos o de elegir centro de enseñanza es un derecho de los padres. Si incurrimos en una interpretación simplista de la universalidad, estaríamos ofreciendo un argumento para negarle a este tipo de derechos (sociales) el carácter de derechos humanos, puesto que su titularidad no alcanza a todos los seres humanos, sino solo a los trabajadores, a los presos, a los progenitores, a los discapacitados...

La universalidad debe entenderse, pues, en el sentido de que los derechos *pertenecen a cualquier ser humano*, sin excepción alguna, pero en tanto se encuentre en la situación vital específica que le concede su titularidad (esto es, mientras sea niño, en cuanto sea minusválido, trabajador, madre o padre, esté detenido...); y en tanto en cuanto reúna las condiciones exigibles para su ejercicio (esto es, en cuanto tenga edad núbil para casarse, o la mayoría de edad para ejercer el sufragio...)⁷⁴.

⁷³ *Ibíd.*, p. 31-34

⁷⁴ RODRIGUEZ-TOUBES, J., *La razón de los derechos*, cit., pp.68-69.

En definitiva, la universalidad de los derechos humanos es, ante todo, una *universalidad de los sujetos, no de los preceptos*. Se trata de reconocer a todo ser humano el derecho a tener derechos; esto es, la condición de sujeto de derechos (lo que el Derecho privado entiende como personalidad jurídica). Pero la concreción de sus derechos vendrá determinada por su situación vital específica, por su posición social institucional, por su peculiaridad cultural, religiosa o lingüística, etc.⁷⁵

1.9.2. El problema del multiculturalismo

El problema más grave que se plantea en la actualidad es cómo conciliar la universalidad de los derechos con la diversidad cultural y, más en concreto, con un planteamiento de la diversidad cultural concebido como multiculturalidad; es decir, entendiendo que la cultura determina absolutamente la naturaleza del ser humano y que, por tanto, no existen referentes universales éticos, jurídicos o

⁷⁵ VIOLA, F., *Ética e metaética dei diritti umani*, cit., p. 187. Por otra parte, la visión no simplista de la universalidad significa también que la tutela de los derechos humanos básicos debe interpretarse no de un modo restrictivo, sino con toda la plenitud de sus implicaciones. Es decir, la defensa los bienes esenciales (vida e integridad física, salud y libertades personales) debe especificarse a través de una pluralidad de derechos que son como las concreciones particulares de esos derechos humanos básicos, tanto de primera, como de segunda generación. Esto pone de relieve hasta qué punto ambas categorías de derechos responden a una aspiración unitaria: la salvaguarda de la vida, la salud y la libertad en las que se manifiesta la dignidad humana. Por otra parte, los derechos de tercera generación explicitan las condiciones que hacen posibles los derechos de las primera y segunda generación y, en este sentido, entroncarían también con la finalidad básica de la defensa de la dignidad expresada en la corporeidad y en la libertad, haciendo realidad lo expresado por el artículo 28 de la DUDH: "Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta declaración se hagan plenamente efectivos" (BALLESTEROS, J., "Ecopersonalismo y derecho al medio ambiente" en *Humana iura*, 6 (1996), p. 24.

políticos que puedan predicarse de todos los seres humanos.

¿Qué es la cultura? El término «cultura» puede aludir, en sentido débil, a un conjunto de costumbres particulares propias de grupos étnicos, grupos de edad, clases sociales o, incluso, grupos de similar tendencia sexual. Pero también puede referirse, en sentido fuerte, a un conjunto de pautas de pensamiento y de conducta que orientan las actividades y producciones materiales e intelectuales de un pueblo y que pueden diferenciarlo de los demás; en este caso, la cultura incluye formas de conducta, reguladas por normas y sustentadas por valores que las legitiman y hacen comprensibles, y también prácticas legitimadas e institucionalizadas, siendo la religión el mecanismo usual de legitimación⁷⁶. En ese sentido fuerte, vendría a representar una especie de *cosmovisión*; es decir, un modo de concebir el sentido de la vida y de la muerte, que justifica la existencia de diferentes normas y valores morales. Una cosmovisión, más o menos perfilada, que una generación adulta quiere legar a sus descendientes; de ahí que las culturas sean intergeneracionales⁷⁷.

Pero la cultura no es simplemente un modo colectivo de vivir y concebir el mundo, es al mismo tiempo la principal *f fuente de identidad personal* de cada uno de los individuos que constituyen el colectivo. Como afirma Kymlicka⁷⁸, cada individuo se concibe a sí mismo, toma sus decisiones y ajusta su conducta de acuerdo con la antropología y las concepciones de verdad, de bien y de justicia vigentes en el contexto cultural en el que se ha desarrollado. Por supuesto que en su decurso vital puede modificarlas e, incluso, cambiarlas,

⁷⁶ LAMO DE ESPINOSA, E., *Culturas, Estados, Ciudadanos*, Madrid, Alianza 1995, p. 32.

⁷⁷ FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y derechos humanos*, cit., p. 79.

⁷⁸ KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 122.

pero su punto de partida es siempre su referente cultural. La relación entre cultura e identidad podría resumirse así⁷⁹:

1) Cada persona percibe su identidad desde el reconocimiento de otros, entendiendo por identidad «el trasfondo sobre el que adquieren sentido nuestros gustos y deseos, opiniones y aspiraciones»⁸⁰. En este sentido, la categoría básica de la vida social no es el individuo, sino el reconocimiento recíproco entre los individuos; por eso, «el reconocimiento debido no es solo una cortesía que debemos a los demás, es una necesidad humana vital»⁸¹. Puesto que la cultura desde la que una persona se comprende a sí misma es esencial para su identidad, si esa cultura es relegada y despreciada por otra cultura dominante, la persona puede llegar a despreciarse a sí misma, a odiar sus propios orígenes o a rebelarse contra esa realidad (la violencia proviene de las identidades humilladas, como afirma Ballesteros⁸²). De ahí que reconocer la igual dignidad de las personas exige respetar la legítima diferencia cultural, que permita a las personas percibirse como iguales y, por tanto, estimarse a sí mismas.

2) Ninguna cultura es totalmente rechazable, al menos *a priori*. Una cultura que ha dado sentido a la vida de muchas personas durante siglos difícilmente puede calificarse como absolutamente negativa sin que tenga nada positivo que ofrecer.

⁷⁹ FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y derechos humanos*, cit., p. 83-88.

⁸⁰ TAYLOR, Ch., “La política del reconocimiento”, en A. GUTMANN (ed.), *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México, F.C.E., 1993.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² BALLESTEROS, J., *Repensar la paz*, EIUNSA, Madrid 2005, p. 121.

3) La diversidad de culturas es una riqueza. Esta afirmación se sustenta, o bien en razones creacionistas como las de Herder (Dios las creó de forma que cada una aporte algo originario y único, por eso cada una ha de mantener su autenticidad), o bien en la convicción de que para hacer frente a la vida importa contar con la mayor cantidad de recursos culturales posibles y no renunciar *a priori* a ninguno de ellos. La homogeneidad empobrece, la diversidad enriquece.

En la escena mundial se produjeron acontecimientos, como el final de los regímenes comunistas (simbolizado por la caída del muro de Berlín en 1989), o la primera guerra del Golfo, en 1992, que consagraron a los Estados Unidos como única superpotencia planetaria, y que fueron interpretados en clave liberal como indicios de un próximo “fin de la historia”, tal y como lo planteó la célebre obra de Fukuyama: estaríamos asistiendo al último paso en la evolución ideológica de la humanidad: la universalización de la democracia liberal como forma definitiva de gobierno y del mercado como definitivo modelo económico. En otras palabras, la década de los 90 se presentaba como el principio del proceso de homogeneización cultural, económica y política del planeta⁸³.

La victoria del liberalismo económico y político es indudable e innegable, pero no ha provocado el esperado efecto homogeneizador, sino todo lo contrario. Otros acontecimientos, de trascendencia mundial, han puesto en cuestión la tesis de un inevitable tránsito hacia el fin de la historia: en primer lugar, el 11-S y la extensión del terrorismo islamista (o *yihaddista*), que se sustenta sobre una identidad religiosa, el fundamentalismo islámico, y que cuestiona radicalmente el modelo cultural, político y económico de corte occidental; en segundo lugar,

⁸³ FUKUYAMA, F., *El fin de la historia y el último hombre*, Madrid Alianza, 1992.

la efervescencia de los nacionalismos, que se sustentan sobre la base de una identidad cultural excluyente; y, en tercer lugar, el fenómeno masivo de la inmigración hacia occidente, que genera una creciente e imparable pluriculturalidad en sociedades, hasta ahora muy homogéneas, que encuentran graves problemas para gestionar la diversidad desde la ciudadanía.

Hoy día, resulta inconcebible no aceptar (o siquiera matizar) la realidad pluricultural del planeta (el concepto unificador de globalización no ha servido de contrapeso cultural a la fuerza arrolladora de la diversidad). Como consecuencia, resulta políticamente incorrecto proponer la existencia de conceptos universales y verdades objetivas que escapen a la tiranía del relativismo cultural y moral. Y, finalmente, resulta sospechoso no admitir que occidente continúa pecando de etnocentrismo e imperialismo cultural y que sus categorías de pensamiento deben ser revisadas a la luz de otras culturas y tradiciones⁸⁴.

La diversidad cultural ha existido siempre. Pero en nuestros días resulta mucho más visible por obra de la globalización. El mundo está más unificado de lo que nunca lo ha estado, por eso tenemos mayor conocimiento y conciencia de las diferencias. Pero la multiculturalidad afecta al modo de concebir e interpretar los derechos humanos. Ciertamente, la idea de derechos humanos constituye hoy una fuente importante de convergencia. Los derechos humanos representan –en palabras de Habermas– el lenguaje universal y transcultural con el que se regulan las relaciones mundiales y el único que permite a los oponentes de los regímenes despóticos y a las víctimas de todo tipo de violencia, represiones y persecuciones, levantar la voz contra esas violaciones

⁸⁴ FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y derechos humanos*, cit., p. 88-89.

de su dignidad⁸⁵. Sin embargo, lo que no existe es un consenso universal *sustantivo* en torno al fundamento, al contenido, al catálogo de los derechos humanos y al modo de interpretarlos. Nos hallamos ante un consenso aparente, tras el cual se ocultan profundas divergencias ideológicas y culturales. A pesar de las dificultades, sí cabe (y resulta necesario) conciliar la universalidad de los derechos y la diversidad cultural. Las condiciones para ello, según la profesora Encarnación Fernández, serían básicamente las siguientes:

- No incurrir en el asimilacionismo (que supone un rechazo de la pluralidad cultural) ni tampoco en el error opuesto, el relativismo, que excluye la universalidad de los derechos.
- Reconocer las diversas identidades personales y colectivas, partiendo de la prioridad de la persona y de sus derechos.
- Establecer las condiciones institucionales (políticas y jurídicas) que posibiliten el diálogo entre las personas pertenecientes a las distintas culturas.

a) Evitar el asimilacionismo

El *asimilacionismo* consiste en la primacía o la imposición de una cultura sobre las demás en un contexto territorial determinado. Esto puede acontecer en el interior de una comunidad política particular y también en el ámbito de las relaciones internacionales (por obra del colonialismo, el neocolonialismo y la globalización). El asimilacionismo puede tener diversas causas: por considerar una cultura superior a las otras o, simplemente, por entender que la

⁸⁵ HABERMAS, J., *Israel o Atenas. Ensayos sobre religión, teología y racionalidad*, Madrid, Trotta, 2001, p.190-191.

uniformidad cultural es necesaria para asegurar la cohesión y la paz social⁸⁶. También puede producirse, al menos en parte, de forma no deliberada, como una mera consecuencia del funcionamiento de la actual economía de mercado globalizada.

El asimilacionismo puede imponerse por vía coactiva. Los poderes autoritarios pretenden unificar culturalmente la sociedad en nombre de la razón, la nación, la raza o la religión. Pero también –como recuerda Touraine– existen otros modos más suaves y sutiles de homogeneización cultural como la llevada a cabo en nombre del progreso y de la racionalidad de la ley. Los casos de Francia y Estados Unidos serían paradigmáticos. Al mismo tiempo que se desarrollaba la democracia y las libertades públicas, se hacía un gran esfuerzo por crear una nación culturalmente homogénea⁸⁷. En todos los supuestos, el resultado del asimilacionismo es la eliminación de las diferencias.

Probablemente, el mayor riesgo de asimilacionismo a escala internacional en el momento actual es el que viene de la mano de la globalización. La llamada globalización o mundialización es uno de los fenómenos más característicos de nuestro tiempo. El mundo está más unificado de lo que nunca lo ha estado. Asistimos a la mundialización de la economía (sistema económico cada vez más internacionalizado, por la mundialización de los mercados, de los flujos financieros, de los intercambios tecnológicos y de la información), de la política y, en buena medida, de la cultura. La globalización, tal como de hecho se está desarrollando, aparece íntimamente ligada al *economicismo* (no sometimiento de la economía a la ética, en contraposición a la economía moral anterior) ni

⁸⁶ ELÓSEGUI, M., *El derecho a la igualdad y a la diferencia. El republicanismo intercultural desde la Filosofía de Derecho*, Madrid, MTAS. Instituto de la mujer, 1998, p. 123-124.

⁸⁷ TOURAIN, A., *Pourrons-nous vivre ensemble? Égaux et différents*, Fayard, Paris, 1997, p. 197-201; ID. *Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia*, Madrid, Trotta 1998, p. 77-79 y 82.

tampoco al Derecho⁸⁸. El economicismo postula la primacía de la economía (transformada en crematística, esto es, en actividad encaminada a la acumulación de riqueza a través del mercado) sobre otros ámbitos de la vida humana, en especial la cultura. Esta última faceta se está manifestando de un modo particularmente intenso en las últimas décadas. El poder económico capitalista desborda el ámbito de la economía e invade la vida cultural. A través de la producción y difusión de la cultura de masas tiene lugar una suerte de colonización, de dominación cultural, de imposición de un modo de vida dominante al mundo entero. La globalización iría a menudo acompañada de una nueva forma de asimilacionismo⁸⁹. Por esta razón muchos ven en ella una amenaza para la diversidad cultural.

Esto no significa, en absoluto, que se esté alcanzando una cultura moral común, pero la cultura globalizada genera un cierto *desarraigo*, una crisis de identidad, que afecta particularmente a quienes no pertenecen a ella. Estos últimos, los no occidentales, experimentan además un sentimiento de humillación, de negación de sí mismos, “la sensación, de que viven en un mundo que les pertenece a los otros” (Maalouf). Esta situación sería especialmente patente en el caso de los musulmanes, según pone de relieve el análisis de Maalouf⁹⁰, subrayado por Ballesteros, cuando habla de ‘identidades humilladas’⁹¹. Esa situación sería el caldo de cultivo en el que habría proliferado el radicalismo religioso.

⁸⁸ Sobre el economicismo, BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 38-42; ID., *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, cit., p.25-34.

⁸⁹ Sobre esta vertiente cultural de la globalización, VIOLA, F., *Ética e metaética dei diritti umani*, cit., p. 177-179.

⁹⁰ MAALOUF, A., *Identidades asesinas*, Madrid, Alianza, 1999, cap. II, “Cuando la modernidad viene del otro”, p. 59 ss.

⁹¹ BALLESTEROS, J., *Repensar la paz*, cit., p. 52.

Las profundas desigualdades materiales, el desarraigo y la crisis de identidad provocada por la globalización, constituyen el trasfondo de los más graves conflictos internacionales actuales; mucho más que el supuesto choque entre las civilizaciones. Precisamente, este último vendría propiciado y favorecido por esas desigualdades injustas y por el asimilacionismo globalizador. Corregir esas consecuencias negativas de la globalización (desigualdades injustas y asimilacionismo) contribuiría a reducir tensiones y le daría una oportunidad a la universalidad real de los derechos⁹².

b) Evitar el riesgo del relativismo

El rechazo del asimilacionismo no debe caer en el error opuesto, el del *relativismo*. Este niega la existencia de valores universales, en particular de valores morales, y, por consiguiente, la posibilidad de formular juicios de valor dotados de objetividad. Cuando este relativismo se proyecta sobre la diversidad cultural, afirma la imposibilidad de enjuiciar no ya las diferentes culturas, sino los fenómenos culturales concretos: las distintas prácticas, instituciones, actitudes y orientaciones vigentes en un momento dado en una determinada cultura.

Es evidente que una cultura no puede ser enjuiciada utilizando como unidad de medida otra cultura. Hacerlo así sería *etnocentrismo*. Pero tampoco resulta aceptable el *multiculturalismo*, que se limita a tolerar y reconocer los diferentes planteamientos culturales, proponiendo una coexistencia espacial y temporal entre ellos, como compartimentos culturales estancos que no interactúan entre sí. Precisamente, el error del relativismo –señala D’Agostino– consiste en presentar las culturas como “universos cerrados de experiencia que no remiten a nada más que a sí mismos”, cuando en realidad las diferentes culturas serían

⁹² FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y derechos humanos*, cit., p. 91-92.

manifestaciones múltiples de nuestra común humanidad. Y es que ninguna cultura es autosuficiente ni mucho menos perfecta. Ninguna cultura constituye un todo clausurado, como afirman los relativistas culturales, sino que todas permanecen abiertas, en mayor o menor grado, tanto a los cambios internos como a los influjos externos. Ciertamente, existen culturas mucho más clausuradas que otras, dependiendo probablemente de su propia genealogía (incluso las denominadas culturas fanáticas, absolutamente herméticas a todo influjo externo). Pero la realidad de los intercambios es innegable, incluso en las culturas que parecen más autoclausuradas (como es el caso de China o India). En este sentido, la cultura occidental aparece como especialmente *abierta y dinámica*, justamente porque sus orígenes fueron sincréticos y porque siempre ha sido receptiva a todos los influjos. De ahí, a la vez, su eclecticismo y su incesante crisis interna⁹³.

Ciertamente, la tarea de valoración crítica de las manifestaciones culturales es compleja, puesto que en este campo no hay criterios dotados de una evidencia definitiva, pero es una tarea ineludible, pues de lo contrario nos veríamos abocados a la aceptación indiscriminada de lo existente⁹⁴. Desde el punto de vista moral, todas las culturas, sin excluir ninguna (por tanto, también la cultura occidental), tienen, junto a aspectos positivos, algo que reprocharse y que modificar⁹⁵.

Por consiguiente, las principales críticas que se pueden formular al relativismo cultural radical, de acuerdo con la profesora Encarnación Fernández, son las

⁹³ RUBIO CARRACEDO, J., "Ética intercultural", en J. CONILL (coord.), *Glosario para una sociedad intercultural*, Valencia, Bancaja, 2002.

⁹⁴ D' AGOSTINO, F., "Pluralità delle culture e universalità dei diritti", en *Multiculturalismo e identità*, Vita e Pensiero, Milano, 2002, p.45-47.

⁹⁵ VIOLA, F., *Etica e metaetica dei diritti umani*, cit., p. 183.

siguientes⁹⁶. En primer lugar, que equivale a aceptar las imposiciones de quienes detentan el poder dentro de cada grupo o comunidad cultural, incluso aquellas que atentan contra los derechos básicos de las personas (pensemos en las diversas modalidades de mutilación genital femenina o en la poligamia). Se reforzarían los poderes autoritarios dentro de cada grupo cultural, en detrimento de la libertad, la igualdad y los derechos de los individuos. Supone un rechazo frontal de la universalidad de los derechos, y, en definitiva, de la propia noción de derechos humanos, cuyo núcleo radica precisamente en la prioridad de la persona y de sus derechos sobre la colectividad. De poco serviría liberar al ser humano de la tiranía, de la opresión del Estado y abandonarlo en manos de la tiranía de la comunidad cultural de pertenencia.

En segundo término, el relativismo cultural radical, al negar la existencia de valores humanos comunes, universales, que puedan servir de marco para el diálogo y el entendimiento entre las personas pertenecientes a distintas culturas, suele conducir al aislamiento, a la separación absoluta entre las diversas comunidades. Es lo que Touraine denomina 'multicomunitarismo'. Este implica la fragmentación de la sociedad y el riesgo de llegar a la desintegración social. Además, esta situación suele llevar aparejada la tendencia a imponer en el interior del grupo cultural una homogeneización que no respeta en absoluto la autonomía del individuo⁹⁷.

Si, por «diversidad cultural», se entendiera solo diversidad de costumbres (comida, vestido, folklore, idioma, ritos...), aceptar las diferencias culturales, aunque llevara tiempo hacerlo, no sería muy difícil. El problema radical se plantea cuando se confrontan distintas cosmovisiones y cuando esas

⁹⁶ FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y derechos humanos*, cit., p. 96.

⁹⁷ TOURAIN, A., *Pourrons-nous vivre ensemble?*, cit., p. 201-213. ID., *Igualdad y diversidad*, cit., p. 50, 53-57 y 81-82.

cosmovisiones comportan concepciones de justicia que entran en conflicto. ¿Qué sucede cuando existen discrepancias profundas sobre lo que se entiende como mínimos de justicia? Por ejemplo, cuando una cultura entiende que la mujer carece de libertad para organizar su vida, a diferencia del varón; o cuando una comunidad rechaza la educación pública para sus jóvenes (como es el caso de los Amish); o cuando la comunidad prohíbe la libertad de culto, o impide la libertad de procrear. En otras palabras, ¿qué sucede cuando una comunidad reivindica su cosmovisión por encima del reconocimiento de algunos (o todos) los derechos humanos reconocidos en la *Declaración Universal* de 1948?

c) Un concepto transcultural de los derechos humanos

La cuestión que se plantea entonces es la siguiente: ¿puede hablarse de un concepto (transcultural) de Derechos Humanos, haciendo abstracción de la diversidad de culturas y cosmovisiones del mundo? La *Declaración de Viena* (1993) planteó el reconocimiento de una tercera generación de derechos humanos, o derechos colectivos (a la paz, al desarrollo, al medio ambiente, a la autodeterminación de los pueblos colonizados), e impulsó en términos relativamente equilibrados una universalización diferenciada de todos los derechos humanos con independencia del régimen económico, cultural, etc., reconociendo en parte la exigencia de tener en cuenta la diversidad histórica, religiosa y cultural reclamada por las conferencias regionales africana (1992) y asiática (1993): «*Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos teniendo en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales*

fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales» (Párrafo 1.5).

Se desmentía así oficialmente la posición de muchos autores postmodernos, así como las fuertes reticencias culturales de las áreas africanas y asiáticas, que proclamaban los derechos del multiculturalismo en versiones cercanas al relativismo axiológico y cultural. Pero se desmentía igualmente la tendencia occidental demasiado frecuente a pretender la universalización de los derechos humanos tanto en su espíritu como en su actual letra liberal, que conllevaría la «occidentalización» del mundo⁹⁸.

Ahora bien, si es un hecho que en la mayor parte del planeta la idea de derechos humanos ha entrado a formar parte de la cultura política y jurídica, también lo es que el orden social sigue fundamentándose sobre bases muy diferentes a las occidentales. Basta acudir a China, Japón, África o India, para encontrar sociedades muy alejadas de los parámetros occidentales y de la lectura occidental de la DUDH y de los Pactos internacionales. En estas sociedades la unidad fundamental de la vida social es la familia y no el individuo, la base sobre la que se edifica la vida social son los deberes y no los derechos, el instrumento para regular la vida social es la educación y la tradición no la ley general y abstracta⁹⁹.

Desde una perspectiva hindú, por ejemplo, carece de sentido hablar de derechos sin conexión con los deberes, de ahí que Pandeya sostuviera la necesidad de reformular toda la DUDH desde el art. 29 (“Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”). Algo parecido sucede en China o Japón, sociedades en las que perviven valores tradicionales a pesar de su vertiginosa

⁹⁸ FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y derechos humanos*, cit., p. 96-97.

⁹⁹ MONZÓN, A., “Derechos Humanos y diálogo intercultural”, cit., p. 98 ss.

incorporación al modo de vida y de pensamiento occidental.

Los aspectos comunitarios han sido subrayados especialmente en África, como lo muestra la *Carta Africana de los derechos de los hombres y los pueblos*, empezando por su título, e incidiendo en los derechos de fraternidad o solidaridad de la DUDH del 48 y, sobre todo, en los llamados de tercera generación como el derecho al desarrollo, a la paz, o a disfrutar del patrimonio común de la humanidad.

El área cultural más alejada de los planteamientos occidentales sobre los derechos humanos es la de los países islámicos. Muchos de ellos han incorporado la *shari'a* (ley religiosa) como fuente primaria de Derecho (Irán, Egipto, Argelia...), lo que produce un importante distanciamiento de occidente sobre el modo de concebir los derechos humanos. Para estos, el único fundamento posible de los derechos es el religioso y, aunque subrayan el valor absoluto de la persona humana (en eso coinciden con el fundamento occidental judeocristiano), en la práctica, el reconocimiento y garantía individual de los derechos reconocidos en la DUDH es prácticamente inexistente. Por otra parte, el crecimiento demográfico del Islam, su relativa impermeabilidad al fenómeno secularizador, las migraciones masivas a occidente, el grave problema del integrismo unido al terrorismo, etc., ha complicado todavía más la consolidación de un concepto islámico de derechos humanos.

El caso de Israel es todavía más complejo. Existe una influencia creciente del judaísmo religioso ortodoxo en la vida política, que coexiste con una forma y filosofía occidental de organización del Estado. De ahí que su lectura de la DUDH subraye, por un lado, la doctrina bíblica del hombre creado a imagen y semejanza de Dios y la doctrina moderna de la dignidad humana, pero por otro lado, desconozca en la práctica consecuencias tan elementales como la libertad religiosa, la igualdad entre los sexos, o los derechos de los palestinos,

por ejemplo.

Resumiendo mucho podría decirse que en los países no occidentales (a excepción de los islámicos) existe una actitud favorable a adoptar el modelo jurídico político de occidente, que está en la base de los derechos humanos: respeto al individuo; garantías para los derechos, Estado de Derecho (primacía de la ley, separación de poderes, organización democrática). Sin embargo, los valores y principios de carácter comunitario que forman parte de su tradición (correlación derechos-deberes, primacía de la familia frente al individuo, limitaciones a la propiedad privada, importancia de la educación moral, etc.) no han sido asumidos en absoluto por la ideología dominante en occidente, que es el neoliberalismo. Esto provoca que la dependencia económica de los países en desarrollo se acreciente, que el etnocentrismo occidental se intensifique (por su superioridad económica y tecnológica) y, como consecuencia, que el distanciamiento cultural se agrave y el diálogo cultural, siendo posible y deseable, como afirma Monzón, se presente cada vez más difícil¹⁰⁰.

El horizonte deseable no es, en absoluto, el multiculturalismo, con sus enclaves de tolerancia y de reconocimiento mutuo, sino la vía transcultural del mismo modo que el mestizaje intercultural y racial marca la senda fecunda de la historia. Solo los nacionalismos fundamentalistas 'identitarios' continúan con el absurdo dualismo de «los de aquí» y «los de fuera», negándoles sus derechos a todos los demás como extranjeros. Y hasta las leyes de extranjería de los Estados democráticos habrán de revisarse cuidadosamente al respecto. Las acusaciones al etnocentrismo occidental o a su desmedido imperialismo colonial, que encontraría en la universalización de los derechos y en el derecho universal humanitario los vehículos legitimadores de sus ambiciones posesivas y de dominación pueden tener cierto fundamento, pero limitado a algunas

¹⁰⁰ MONZÓN, A., "Derechos Humanos y diálogo intercultural", cit., p. 107-109.

acciones concretas. Nadie puede evitar que se introduzca un uso instrumental en las aplicaciones en sí mismas justas y legitimadas. Y, desde luego, la misma acusación atañe a los mandatarios y a los fundamentalistas de ciertos estados confesionales que rechazan la universalización de los derechos humanos como un ataque religioso-cultural, cuando en realidad es un pretexto para continuar impunemente con sus actos de barbarie¹⁰¹.

1.10. La inviolabilidad de los derechos humanos

Otro de los rasgos, tradicionalmente atribuidos a los derechos humanos, es la inviolabilidad o su carácter absoluto¹⁰². Los textos constitucionales de algunos países aluden expresamente a esa nota. Entre los más representativos se encuentra el artículo 1º de la Ley Fundamental Alemana: “*La dignidad del ser humano es intangible. El pueblo alemán proclama por tanto los derechos del hombre, inviolables e inalienables, como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo*”. También la Constitución española, en su artículo 10.1, recoge expresamente esta nota característica: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”¹⁰³.

La inviolabilidad (o el carácter absoluto) de los derechos humanos indica, como se deduce de la propia terminología, que los bienes protegidos por esos derechos no pueden ser violados en absoluto; es decir, que exigen un respeto

¹⁰¹ RUBIO CARRACEDO, J., “Ética intercultural”, cit. p. 171.

¹⁰² Sobre esta cuestión, MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid 1997.

¹⁰³ Un estudio comparativo de ambos artículos en RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M., *Moralidad, derechos, valores*, Madrid, Civitas, 2003, p. 22-24.

total e incondicionado por parte de cualquier sujeto y por parte de los poderes públicos. Naturalmente, si la nota se interpreta en sentido estricto, eso significaría descartar cualquier excepción en esa garantía o respeto, lo cual llevaría a una grave contradicción teórica y jurídica, ya que puede darse, en algunas ocasiones, una colisión entre bienes fundamentales (por ejemplo, entre libertad y vida) y se hace necesario establecer una prelación o jerarquía entre ellos mediante la cual, en determinadas circunstancias, uno debe ceder en beneficio de otro más esencial, algo que resultaría imposible si no hubiera excepciones en su carácter absoluto. En consecuencia, la nota de la inviolabilidad determina los derechos humanos, atendiendo al carácter esencial de los bienes que protegen, pero eso no significa que pueda hacerse un ejercicio ilimitado los mismos.

En efecto, debemos partir de la constatación de que *ningún derecho humano es ilimitado*. La jurisprudencia de los diversos tribunales nacionales y supranacionales así lo ha constatado, señalando tres tipos de límites en relación a los derechos: en primer lugar, los denominados *límites inmanentes* (un derecho no puede ser utilizado para dañar o destruir el bien que el propio derecho protege); en segundo lugar, los que surgen de su concurrencia con *bienes de interés social* protegidos también por el ordenamiento jurídico (el orden público, la seguridad, la salud pública, etc., pueden limitar el ejercicio del derecho pero sin vulnerar su contenido esencial¹⁰⁴); en tercer lugar, los que

¹⁰⁴ El *contenido esencial* se convierte así en un elemento clave en la configuración de los derechos humanos. Prieto Sanchís lo ha definido como el “límite de los límites”; es decir, un reducto infranqueable que jamás puede ser vulnerado, sea cual sea la circunstancia o causa que se pretenda invocar para ello. Podríamos decir que el contenido esencial es el núcleo irreductible de la inviolabilidad de los derechos: es el contenido mínimo exigible para que se pueda hablar de verdadero respeto a la dignidad del ser humano en el bien esencial de que se trate. La STC 11/81, de 8 de abril lo ha definido como “la naturaleza jurídica del derecho preexistente a su formalización legislativa”. Así, por ejemplo, en caso de una posible epidemia

surgen por el concurso de *otros bienes esenciales* protegidos por derechos (se trata de un *conflicto de derechos* y, dado que no existe una jerarquía entre los derechos humanos, hay que efectuar un *juicio ponderativo*, en virtud de la importancia relativa de cada uno de los derechos en conflicto en el caso concreto; es decir, teniendo en cuenta el peso y la incidencia que tienen en el caso planteado. Y todo ello debe hacerse preservando siempre el contenido esencial de esos derechos)¹⁰⁵.

1.11. La inalienabilidad de los derechos humanos

La tercera de las notas o características tradicionalmente atribuidas a los derechos humanos es la inalienabilidad. A esta nota, como sabemos, ya se refería el Preámbulo de la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos* de 1776; también el artículo 2 de la *Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789 y viene expresamente recogida en el Preámbulo (párr. 1) de la *Declaración Universal* de 1948 (“...el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”). De los tres rasgos tradicionalmente atribuidos a los derechos humanos, la inalienabilidad es el

cabe limitar la libertad de movimientos de algunos ciudadanos en situación de riesgo sometiéndolos a una cuarentena confinados en un centro hospitalario, pero eso no justificaría encadenarlos o encerrarlos en una celda dentro de una prisión, ni prolongar indefinidamente ese confinamiento. Tal actitud supondría violar el contenido esencial del derecho.

¹⁰⁵ Por ejemplo, cuando se produce el conflicto (frecuente) entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad, el TC debe *ponderar* la relevancia del contenido de la información y el carácter más o menos público del sujeto; en función de cuál tenga más peso, prevalecerá uno u otro; pero siempre teniendo en cuenta que hay un contenido esencial de la intimidad que jamás puede ser desvelado y un derecho público general a la información sobre cuestiones relevantes que afectan a la sociedad que tampoco puede ser limitado.

más cuestionado actualmente, debido a que limita el carácter disponible de los derechos, que impide a su titular utilizarlos a imagen del derecho de propiedad.

La inalienabilidad significa, en general, la imposibilidad de disponer (física o jurídicamente; total o parcialmente; temporal o definitivamente) de los derechos humanos por parte de su titular¹⁰⁶. Podemos calificar, pues, a un derecho como inalienable cuando sobre él están excluidos todos esos actos de disposición, es decir, cuando su titular no puede disponer “jurídicamente” de él (renunciar, vender o donar), ni tampoco puede destruir total o parcialmente el bien objeto del derecho, imposibilitando su ejercicio. Si consideramos inalienable, por ejemplo, el derecho a la integridad física, su titular no podría disponer *jurídicamente* de él (vender una parte determinada de su cuerpo o una función corporal), ni tampoco disponer *físicamente* de él (mutilarse voluntariamente). Si la contemplamos en su sentido literal, significa que el titular de un derecho inalienable no podría disponer ni siquiera *temporalmente* de él, ya sea una disposición de carácter jurídico (una renuncia temporal), o de carácter físico (por ejemplo, una mutilación u otra conducta contraria a la salud cuyos efectos pudieran ser curados, pero solo tras largo tiempo)¹⁰⁷.

De acuerdo con estos presupuestos, cabría definir la inalienabilidad, en relación con los derechos humanos, como aquella cualidad distintiva que impide a sus titulares realizar sobre ellos ningún tipo de actos de disposición (física o jurídica) que haga imposible su futuro y pleno ejercicio y disfrute. Visto desde otro punto de vista, cabría calificar como derecho inalienable «aquel derecho cuyo titular nunca lo puede perder, independientemente de lo que

¹⁰⁶ Sobre esta nota, vid. TALAVERA, P., “Derechos humanos: ¿inalienables o disponibles?” en *Manual de Derechos Humanos*, Thompson-Aranzadi, Pamplona 2005, p. 87-112. ss.

¹⁰⁷ MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L., “Los Derechos Humanos como derechos inalienables”, en J. Ballesteros, (ed.): *Derechos Humanos*, cit., p. 92 ss.

haga»¹⁰⁸. En definitiva: los derechos humanos son intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.

La nota de la inalienabilidad pone de relieve la necesidad de defender los derechos incluso frente a la propia voluntad del sujeto titular de los mismos¹⁰⁹. La inalienabilidad significa, pues, que “el propio sujeto está obligado a respetar sus propios derechos”; es decir, que el sujeto titular de los derechos “está inmunizado normativamente frente a sí mismo”¹¹⁰. El titular del derecho no puede renunciar a serlo, ni tampoco dañar o destruir los bienes que esos derechos protegen (ningún individuo podría vender jamás su propia libertad y firmar un contrato de esclavitud, como tampoco podría vender un ojo o un riñón).

Así pues, la inalienabilidad supone afirmar tanto la *irrenunciabilidad* como la *indisponibilidad* de los derechos, y esto es así debido a que los bienes que son objeto de protección, derivados de las exigencias inherentes a la dignidad de la persona, deben ser respetados y protegidos, incluso contra la voluntad del propio sujeto titular de los mismos ¿Por qué? Porque la dignidad del ser humano no es opcional, es algo que le viene dado inexorablemente: ningún ser humano puede renunciar a ese atributo porque forma parte esencial de la condición humana (racionalidad y libertad). Del mismo modo que no es opcional ser o no ser persona, tampoco es opcional tener o no tener dignidad. Se trata de una cualidad que uno no se confiere a sí mismo, sino que está intrínsecamente ligada a la naturaleza humana¹¹¹.

¹⁰⁸ MEYERES, D. T., *Inalienable Rights. A Defense*, Columbia University Press, 1985, p. 4.

¹⁰⁹ BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*, cit., p. 146 y ss.

¹¹⁰ LAPORTA, F., “Sobre el concepto de derechos humanos”, en *Doxa* 4 (1987): 32 ss.

¹¹¹ BALLESTEROS, J., “Derechos humanos: ontología versus reduccionismos”, *Persona y Derecho* 9 (1982): 242-243; FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate Madrid 1984, p. 104 ss.; SPAEMANN, R., *Lo natural y lo racional. Ensayos de*

En definitiva, si la dignidad del hombre es inalienable (nadie puede renunciar ni desposeerse de ella, porque nadie puede pretender no manifestarse o no ser tratado de acuerdo a su condición de ser humano), tampoco nadie puede renunciar o desposeerse de los derechos humanos, que se fundan en la dignidad humana, porque su función es precisamente la de garantizar que todo sujeto humano se manifieste y sea tratado siempre de acuerdo a su dignidad de tal; de ahí que los derechos humanos sean inalienables y que la inalienabilidad sea una nota esencial que define a los derechos humanos. Nadie puede desposeerse de los derechos humanos (renunciar a ellos o enajenarlos), porque son la manifestación jurídica de la dignidad humana¹¹².

Afirmar que los derechos humanos son inalienables suscita la necesidad de distinguir entre la *titularidad* de los derechos y su *ejercicio* efectivo. No es lo mismo renunciar a un derecho que renunciar a su ejercicio. Cuando hablamos de inalienabilidad estamos haciendo referencia a la titularidad de los derechos; es decir, a su atribución a todo ser humano como exigencia ineludible e irrenunciable de su dignidad, pero eso no significa que no quepa disponer de los bienes protegidos; en efecto, el titular de un derecho puede optar en un determinado momento por no ejercerlo, o por sacrificarlo altruistamente. La inalienabilidad, pues, exige al titular del derecho proteger el bien básico, porque lo contrario supondría renunciar de facto a su titularidad y, como vimos, las exigencias de la dignidad humana lo impiden, no obstante, sí cabría renunciar voluntariamente a reivindicarlo o no ejercitarlo¹¹³.

antropología, Rialp, Madrid, 1989, p. 89-123. En el campo de los textos positivos, vid. el artículo 10.1 de la Constitución española («La dignidad del hombre los derechos inviolables que le son inherentes...») o el Preámbulo de la *Declaración Universal* («La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana»).

¹¹² TALAVERA, P., "Derechos humanos: ¿inalienables o disponibles?", cit., p. 96 ss.

¹¹³ *Ibíd.*, p. 98.

En definitiva y dejando aparte la existencia de los denominados derechos-deber (la escolarización obligatoria constituye el clásico ejemplo)¹¹⁴, el contenido de los derechos incluye la facultad de ser ejercidos o no según la voluntad de su titular: la libertad de expresión incluye la opción de permanecer en silencio; el derecho al voto incluye la posibilidad de abstenerse; la libertad religiosa incluye la opción de no practicar ninguna; el derecho a la intimidad incluye la posibilidad de publicar mi correspondencia privada. Pero la voluntaria y puntual *renuncia a ejercerlos es radicalmente distinta de la renuncia a la titularidad del derecho*, en cuyo caso el sujeto podría ser obligado a callar cuando desea hablar, podría ser obligado a abstenerse cuando desea votar, a no frecuentar un templo cuando desea rezar, o a publicar sus cartas personales contra su voluntad.

Ahora bien, la posible renuncia voluntaria al ejercicio de un derecho está sometida a una condición imperativa, consustancial a la propia noción de inalienabilidad: la *reversibilidad*, es decir, la posibilidad de un futuro ejercicio del derecho. La reversibilidad en el ejercicio de un derecho se plantea de manera particular en aquellos en los que titularidad y ejercicio se encuentran tan intrínsecamente unidos que no es posible establecer diferencias entre uno y otro. El caso paradigmático es el derecho a la vida: no cabe renunciar al ejercicio del derecho a la vida sin renunciar a su titularidad; dejar de vivir es dejar de ser titular del derecho y ser titular del derecho supone necesariamente continuar viviendo (ejercicio del derecho). Existen, pues, situaciones en que el sacrificio de un derecho o la abstención de ejercerlo por parte de su titular resulta irreversible, es decir, hipoteca el derecho también para el futuro (es por

¹¹⁴ La categoría de los derechos-deber, sugerida por Peces-Barba, se aplica a “aquellos que no se pueden abandonar a la autonomía de la voluntad”: PECES-BARBA, G. “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, en AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales*. Universidad de Murcia, 1981, p. 64.

ejemplo el caso de la eutanasia voluntaria); pero si la inalienabilidad consiste básicamente en que al titular no le está permitido perder el derecho, es decir, hipotecar su futura titularidad (renunciar a él), resulta evidente que no podrá realizar ningún tipo de actos materiales de sacrificio o no-ejercicio que, en la práctica, equivalgan a la pérdida del derecho. Algo parecido podría decirse de un ejercicio *extremo* del derecho que lo convirtiera en igualmente irreversible, como podría suceder, por ejemplo, si alguien pretendiera ejercer su derecho a la libertad hasta el punto de decidir venderse como esclavo, es decir, perdiendo la titularidad de su derecho a la libertad. También puede aplicarse esta reflexión a la realización de actividades de riesgo extremo para la vida sin tener la cualificación profesional correspondiente (toreros, bomberos, etc.)¹¹⁵.

¹¹⁵ Como consecuencia, algunos han cuestionado la inalienabilidad del derecho a la vida, entendiéndolo que nadie puede estar obligado a vivir si no lo desea. De aquí ha partido el debate actual sobre la legitimidad de la eutanasia activa voluntaria. Si el derecho a la vida es inalienable, nadie puede disponer de su vida o ser privado de ella, puesto que significaría la pérdida irreversible del derecho por parte de su titular. De ahí que se hayan ensayado diversas argumentaciones para compatibilizar eutanasia e inalienabilidad de la vida. Pueden reducirse a dos: considerar que en el derecho a la vida sí cabe distinguir titularidad y ejercicio (dentro del bien vida cabe la opción de no vivir); y considerar que el carácter de inalienable solo puede predicarse de la vida “digna”, pero no de la vida irreversiblemente deteriorada (Vid. en este sentido PECES-BARBA, G., “El derecho a la vida en el art. 15 de la Constitución”, en *Problemas de la eutanasia*, Dykinson, Madrid 2000, p. 15-24). Quizá este es el planteamiento más utilizado en la actualidad, viniendo a identificar “vida digna” con capacidad de desarrollar un proyecto autónomo de vida, concepto del cual quedarían excluidos, lógicamente, los enfermos terminales, pero también todos aquellos que no son seres autónomos (embriones, fetos, etc.). No resulta sostenible este concepto de dignidad, entroncado con el *personismo* (distinción entre ser humano y persona) que liga la titularidad del derecho a la vida a la posesión de una serie de facultades o cualidades en el sujeto. Como ya hemos expuesto, la dignidad es un concepto ontológico que garantiza derechos inalienables a todo ser humano por su sola condición humana. A pesar de estos vanos intentos, resulta incontestable que toda renuncia al derecho a la vida supone una irrevocable pérdida del mismo, incompatible con la inalienabilidad de este derecho. Solo cabría considerar compatible con el carácter inalienable del derecho a la vida la decisión de dejarse morir (p. ej. renuncia a determinadas terapias, etc.), o dejarse matar sin oponer resistencia (caso del martirio por motivos religiosos), o poner en

1.12. La indivisibilidad de los derechos humanos

La indivisibilidad no es una de las notas tradicionalmente atribuidas a los derechos humanos: tiene un origen más reciente. Surgió en el ámbito de Naciones Unidas, y ha sido constantemente invocada en sus textos, aunque sin precisar demasiado su significado y alcance.

La reflexión teórica sobre la noción de indivisibilidad ha sido llevada a cabo, de manera destacada, por Pierre Meyer-Bisch, que ha subrayado la *interdependencia* y la *complementariedad* de los diferentes derechos humanos¹¹⁶. Para este autor, el fundamento de la indivisibilidad de los

riesgo la vida en determinados casos (acciones de guerra, someterse a terapias novedosas, etc.). Pero nadie puede dar su consentimiento a otro para que éste le provoque la muerte, porque impedir ese acto es precisamente el cometido propio de la inalienabilidad del derecho a la vida. En definitiva, cuando se plantea un conflicto entre el derecho a la vida y la autonomía del sujeto, que manifiesta su libre voluntad de querer morir para lo que solicita la intervención de un tercero, la inalienabilidad del derecho excluye por completo la legitimidad de tal conducta, de ahí que se haya tipificado expresamente la eutanasia como delito en el art. 143.4 del Código penal, junto a las otras formas de cooperación al suicidio. Por otra parte, conviene tener presente que la vida ostenta una evidente precedencia y superioridad sobre el resto de los derechos, en cuanto que se presenta como presupuesto y condición de la titularidad y ejercicio de todos ellos. Sin la vida resulta superfluo teorizar sobre cualesquiera otros bienes de la existencia humana, de ahí que su ineludible precedencia haya reforzado su inalienabilidad. En ese sentido, cuando el derecho a la vida entra en conflicto con cualquier otro derecho fundamental (por ejemplo, con la libertad de un sujeto que rige su conducta por principios religiosos o de conciencia, como sucede en el caso de los Testigos de Jehová y su renuncia a las transfusiones de sangre), su prevalencia y preferencia sobre la libertad nunca ha sido puesta en duda, algo que venía reforzado con la tipificación penal de conductas como la omisión del deber de socorro y la cooperación al suicidio. Últimamente, sin embargo, a raíz de determinados cambios legislativos relativos a los derechos de autonomía del paciente, resultaría respetable la decisión del sujeto de dejarse morir atendiendo a la superioridad de sus principios morales, siendo legítima su decisión de rechazar cualquier tratamiento.

¹¹⁶ MEYER-BISCH, P., *Le corps des droits de l'homme*, cit.

derechos humanos es antropológico. Se encontraría en la propia indivisibilidad de la dignidad humana (que es el fundamento de los derechos) y del ser humano concreto (sujeto de los mismos). Por otra parte, toda esa multiplicidad de derechos (las famosas tres generaciones) responde a una misma aspiración ética: la defensa de la dignidad humana¹¹⁷.

El ser humano los necesita todos. Todos son indispensables para su realización personal y social. La indivisibilidad hace referencia, entre otras cosas, a la inexistencia de una jerarquía entre ellos, en particular, en lo que respecta a la relación entre derechos civiles y políticos y los derechos sociales, económicos y culturales. No es posible establecer una jerarquía, ni en beneficio de los primeros ni en beneficio de los segundos. Estaríamos ante “dos prioridades distintas y paralelas”. Una categoría de derechos mostraría “el camino económico y cuantitativo que hay que seguir”; la otra indicaría “el principio político necesario para progresar”¹¹⁸.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 15-16.

¹¹⁸ Los derechos humanos solo conjuntamente pueden realizarse de forma adecuada. Meyer Bisch los asemeja a la situación de los vasos comunicantes. El descenso en el nivel de cualquiera de ellos implica el descenso de nivel de todos y viceversa. Por eso no cabe “racionarlos”. No cabe establecer el “apartheid... según el grado de desarrollo”: una actitud muy extendida en ciertos ambientes económicos y políticos de las sociedades del Norte, consistente en pensar que el nivel de exigencia en el respeto a los derechos humanos no es el mismo para los países desarrollados que para los restantes. Por lo demás, en muchas ocasiones los propios gobiernos de los países del Sur recurren a este argumento, aunque por razones distintas, obviamente. En ese caso lo que se pretende es reducir lo más posible sus obligaciones en materia de derechos humanos. Frente a esto, se subraya que “la indivisibilidad no es un objetivo reservado a las naciones que ya han adquirido un catálogo de derechos variados; es una exigencia inmediata, condición necesaria para la realización de cualquier derecho ‘troncal básico’, como los derechos a la protección contra el hambre, la tortura y la incultura. Se trata de reconocer la complejidad que entraña la satisfacción de estos derechos tan prioritarios. Hay que tener en cuenta que la efectiva realización de tales derechos exige estrategias globales dirigidas a satisfacer no un derecho aisladamente, sino el conjunto de los derechos. Tomemos el caso, por ejemplo, de la lucha contra el hambre. Para ello, el desarrollo

Por lo demás, la indivisibilidad se manifiesta tanto en sentido positivo (los derechos humanos solo pueden realizarse de forma adecuada conjuntamente), como en sentido negativo (indivisibilidad de las violaciones de los derechos humanos: cuando se viola uno de ellos, los demás pierden todo su sentido). Así lo prueba, desgraciadamente, que el mapa mundial de la miseria coincida con el de la violencia y la represión. Cabe hablar, por ello, de un círculo vicioso entre los fenómenos de la guerra, el subdesarrollo, la miseria y la represión política.

La indivisibilidad aparece también como un *criterio regulador de los posibles conflictos entre derechos*. La vía para ello no es establecer una jerarquía entre los derechos (violación de ciertos derechos en beneficio de otros), sino la de “delimitar”, “determinar” cada derecho, de modo que resulte coherente con el conjunto de los derechos humanos, que no suponga violación del contenido esencial de otro u otros derechos. Por ejemplo, manifestar opiniones racistas no entraría nunca dentro del ámbito de libertad de expresión, siempre y cuando la libertad de opinión se conciba como una parte del conjunto indivisible de los derechos humanos¹¹⁹.

aparece como condición necesaria. Pero la satisfacción del derecho al desarrollo es compleja y está conectada con otros muchos derechos. En efecto, hoy día se sabe muy bien (otra cosa es que se actúe en consecuencia) que los programas de desarrollo solo son eficaces si respetan la identidad cultural de los pueblos, los derechos de participación en su elaboración y gestión de las personas y de los grupos a quienes van dirigidos, los derechos de las mujeres (en cuanto agentes del desarrollo de capital importancia), el medio ambiente y un largo etc. (*Ibid.*, p. 19).

¹¹⁹ *Ibid.*, pp.276-279.

1.13. Los derechos sociales, económicos y culturales

La evolución de los siglos XIX y XX en materia de derechos humanos consistió fundamentalmente en la progresiva toma de conciencia de las deficiencias e insuficiencias de la concepción liberal individualista y en un esfuerzo por superarlas en el Derecho positivo. Esta evolución se suele denominar proceso de generalización de los derechos humanos, y consiste en la progresiva extensión de esos derechos a aquellas categorías de personas inicialmente excluidas de su titularidad por razones de sexo, raza, clase, etc. Este proceso, al menos en parte, es el resultado de la lucha llevada a cabo por una serie de movimientos que representaban a los sectores sociales directamente perjudicados por las insuficiencias del Estado liberal: el proletariado y las mujeres, en general, y los afroamericanos en el caso concreto de los Estados Unidos. Aunque fue la conciencia de su universalidad lo que legitimó esa lucha¹²⁰.

El *movimiento obrero* y el *socialismo democrático* protagonizaron las luchas del proletariado, especialmente a partir de la segunda mitad del S. XIX. Sus reivindicaciones fueron básicamente dos¹²¹:

- a) La generalización de los derechos de participación política para los trabajadores (los no propietarios), poniendo de manifiesto las contradicciones del modelo liberal que limitaba la participación por razones de cultura y de riqueza. Paulatinamente esta reivindicación se fue incorporando al Derecho positivo a través de la ampliación de titulares del sufragio en detrimento del sistema censitario. En términos generales, el

¹²⁰ Para un desarrollo más pormenorizado: PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos fundamentales*, cit., pp. 86-108.

¹²¹ PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos fundamentales*, cit., pp. 92-93

sufragio universal masculino se fue incorporando a todos los países a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX.

b) De forma simultánea tuvo lugar la lucha por los derechos sociales, económicos y culturales. En presencia de las durísimas (a veces, inhumanas) condiciones de vida y de trabajo del proletariado a que había dado lugar la revolución industrial, se fue tomando conciencia de que la dignidad humana exige liberar al ser humano no solo del miedo a la opresión y a la tiranía, sino también de la necesidad económica, del hambre, de la miseria, de la incultura¹²². Y así, el movimiento obrero y el socialismo democrático, a partir de la segunda mitad del XIX, empezaron a reivindicar derechos de carácter social, económico y cultural, necesarios para que las libertades fueran reales y efectivas para todos: derecho al trabajo y a un salario justo, al descanso, a la educación, a la jubilación, derechos sindicales, etc. También desempeñó un importante papel en la defensa de los derechos sociales el movimiento social cristiano, tanto católico como protestante, y la doctrina social de la Iglesia católica (encíclicas *Rerum novarum* de León XIII, de 1891 y *Quadragesimo anno*, de Pío XI, de 1931).

El proceso de generalización desembocó en la incorporación de estos derechos sociales, económicos y culturales al Derecho positivo, al lado de los tradicionales derechos individuales; constituyendo la que se denomina “segunda generación” de derechos humanos, elemento característico del

¹²² Son los derechos característicos del denominado Estado Social. Aunque su exigencia y reivindicación, también en algunos casos su reconocimiento jurídico y político, son anteriores a la institucionalización del Estado social (Ley Fundamental de Bonn de 1949, art. 20.1: “La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social”), se sitúan indudablemente en el contexto de la génesis y consolidación de ese nuevo modelo de Estado.

Estado social de Derecho. Es decir, el proceso de generalización produjo una ampliación de los derechos humanos (de los bienes básicos que se incluyen dentro de la categoría “derechos humanos”) al ámbito de lo económico y lo social.

El primer precedente del reconocimiento jurídico-político de los derechos sociales se encuentra en la *Declaración de derechos de la Convención*, aprobada el 24 de junio de 1793, que encabezaba la Constitución francesa del mismo año, que nunca llegó a entrar en vigor. Esa Declaración recogía, en parte al menos, las aspiraciones sociopolíticas de las clases populares en la revolución francesa, muy diferentes de las ideas que inspiraron la Declaración de 1789 y la Constitución de 1791. De acuerdo con aquellas aspiraciones, la Declaración de 1793 recogía tres derechos sociales básicos: al trabajo y a la protección contra la indigencia, en el art. 21 (“*La beneficencia pública es una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, sea proporcionándoles trabajo, sea garantizando los medios de existencia a los que están incapacitados para trabajar*”) y el derecho a la educación, en el art. 22 (“*La instrucción es una necesidad para todos. La sociedad debe [...] colocarla al alcance de todos los ciudadanos*”). No obstante, como puede verse, la realización de tales derechos se encomendaba a la sociedad y no al Estado¹²³.

Ya en los siglos XIX y XX, la Constitución francesa de 1848 recoge expresamente el derecho al trabajo, a la asistencia y a la educación; también lo hacen las legislaciones sociales de Inglaterra, Alemania y los países nórdicos, la Constitución mexicana de 1917, la alemana de Weimar de 1919 y la Constitución de la Segunda República española de 9 de diciembre de 1931. En las constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, los

¹²³ RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M., *Historia del pensamiento jurídico*, vol. I, cit., pp. 286-298.

derechos sociales se encuentran ya plenamente generalizados. Como señaló Ferrajoli, la constitucionalización de los derechos sociales representa, tal vez, la conquista más importante de la civilización jurídica y política del siglo XX¹²⁴.

Ya no se presentan como derechos de un individuo abstracto, ahistórico y sin circunstancias, sino como derechos del ser humano históricamente situado, que ocupa una determinada posición en el sistema social y que tiene unas necesidades, cuya satisfacción se articula en forma de derechos. El titular de los derechos sociales ya no es el individuo pretendidamente autónomo, autosuficiente e independiente, capaz de alcanzar por sí solo su realización personal (propio de la concepción individualista), sino el ser humano en cuanto necesitado de protección, de tutela, de defensa. De este modo, los derechos sociales explicitarían, en parte al menos, la dimensión tutelar o protectora de los derechos humanos, que es complementaria y no excluyente de su faceta emancipadora. Los derechos sociales protegen a los trabajadores y a otros grupos sociales necesitados de especial protección¹²⁵, como los llamados “nuevos pobres” (parados, personas que trabajan en la economía sumergida o en condiciones de inestabilidad en el empleo –especialmente mujeres, jóvenes e inmigrantes–, ancianos, minusválidos físicos, enfermos...) que son las personas más menesterosas de nuestras sociedades actuales, las que más necesitan la protección que proporciona el Estado social a través de los derechos sociales. Estas personas padecen carencias de diversa índole, no siempre, ni solo estrictamente materiales. De ahí la necesidad de mejorar el Estado social en el sentido de facilitar la inserción social de esas personas y no

¹²⁴ FERRAJOLI, L., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta 2002, p. 23.

¹²⁵ DE CASTRO, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad de León, León, 1993.

solo su mera subsistencia material, aunque ciertamente esto constituye un *prius* indispensable¹²⁶.

Es frecuente considerar que el valor inspirador de los derechos sociales es la igualdad en su vertiente de *igualdad material*, aunque esta cuestión de la igualdad material (real, sustancial, económica o democrática) es una cuestión muy controvertida. Hay múltiples concepciones, incluso contradictorias entre sí, acerca de lo que sea la igualdad económica; no obstante, podemos afirmar que uno de sus aspectos fundamentales, aunque no el único (también está la igualdad de oportunidades y la reducción de las desigualdades de recursos), consiste en la igual satisfacción de las necesidades básicas de todos. En consecuencia, los denominados derechos sociales, económicos y culturales, representan una explicitación de las exigencias de la igualdad material, en particular en lo relativo a la satisfacción de las necesidades básicas de todos¹²⁷.

En íntima conexión con lo anterior, a diferencia de la primera generación de derechos, cuya función primordial era la de limitar al Estado, los derechos sociales tienden a *limitar al mercado* mediante la intervención del Estado. Se trata de dos lógicas distintas, cuya conciliación es una de las principales dificultades que afectan al funcionamiento del llamado Estado social de Derecho. En efecto, puede decirse que los derechos sociales tiene una doble función: de un lado, *limitan la autonomía del mercado*, principalmente a través de la legislación laboral protectora de los trabajadores, lo cual implica introducir limitaciones a las libertades económicas (libertad de contratación, libertad de empresa, derecho de propiedad); de otro lado, desempeñan una *función*

¹²⁶ BALLESTEROS, J., "Los derechos de los nuevos pobres", en BALLESTEROS, J., *Derechos humanos*, cit., pp. 137 y ss.

¹²⁷ FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y derechos humanos*, cit., p. 74.

redistributiva, en el sentido de corregir parcialmente los resultados desiguales a que da lugar la distribución de bienes, recursos, ingresos, oportunidades, etc., a través del mercado. Esto se lleva a cabo por medio de un complejo sistema de prestaciones y servicios públicos, encaminados a la satisfacción de las necesidades básicas¹²⁸.

Asimismo, la mayor parte de los derechos sociales son *derechos prestacionales*, esto es, derechos que imponen al Estado o a otros grupos sociales (o particulares) una obligación de contenido positivo, una obligación de dar o de hacer. Por ello, requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio. Esto se traduce en actuaciones muy variadas, pero que pueden reconducirse a dos tipos principales: la adopción de políticas en el orden social y económico, políticas que se articulan a través de normas jurídicas (por ejemplo, la política económica generadora de empleo), en la elaboración de una legislación laboral protectora de los trabajadores, en la política de vivienda, etc. En otros casos, la actividad de los poderes públicos consiste en proporcionar, directamente, *ciertas prestaciones y los servicios públicos*, así las múltiples prestaciones de la seguridad social, el servicio público de enseñanza, etc.¹²⁹

¹²⁸ BALLESTEROS, J., "Los derechos de los nuevos pobres", cit., p. 141.

¹²⁹ Ahora bien, no todos los derechos sociales son derechos prestacionales. Algunos de los más característicos derechos sociales como la libertad sindical y el derecho de huelga son, desde el punto de vista de su estructura, derechos de libertad, en los que la obligación correlativa del Estado y de los terceros no consiste en otorgar determinadas prestaciones positivas, sino en un deber negativo de abstención, de no injerencia, de no intromisión. Respecto de tales derechos, la obligación principal del Estado y de los terceros, aunque no la única, es la de no obstaculizar su ejercicio. Aunque se trata, en efecto, de derechos cuyo contenido consiste en el ejercicio de la libertad, se los considera derechos sociales por dos razones básicas: porque históricamente fueron una de las principales reivindicaciones del movimiento obrero y por su conexión funcional con las finalidades propias de los derechos sociales: la consecución de reivindicaciones sociales, de mejoras laborales, etc. Puede decirse que, desde este punto de vista funcional, son también derechos de igualdad. En este sentido,

1.14. Los derechos de la ‘tercera generación’

La reflexión teórica y doctrinal relativa a los derechos humanos ha suscitado, en estas últimas décadas, algunos riesgos hacia la vida y las libertades de las personas, como consecuencia del desarrollo tecnológico y de la mundialización de la economía y de la política. En estas circunstancias, el respeto a la dignidad humana, garantizado por el respeto a los derechos humanos, no parece que pueda depender ya solamente de los sistemas de garantía vigentes en cada Estado, sino que depende decisivamente del orden político y económico internacional. Ante estos nuevos desafíos, la reflexión iusfilosófica ha identificado nuevos bienes esenciales, ligados a la dignidad humana, que deberían ser protegidos y que justificarían la formulación de nuevos derechos humanos, como el derecho a la paz, al medio ambiente, al desarrollo, al disfrute igualitario del patrimonio común de la humanidad; y también en el campo de la biotecnología se habla del derecho a la protección del genoma humano, etc. Estaríamos ante los denominados *derechos de la tercera generación*.

Se suele afirmar que el valor inspirador de estos derechos es la *solidaridad*¹³⁰. En efecto, frente al exclusivismo individualista, tales derechos reivindican el disfrute solidario de determinados bienes. Y, frente a la pretendida autosuficiencia individual o colectiva, la demanda de esos derechos surge de la

entre otros, DE CASTRO, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, cit., p. 96-99; BEA. E., “Los derechos sociales y sus posibilidades como categoría jurídico-constitucional”, en BALLESTEROS, J. (coord.), *Justicia, Solidaridad y Paz. Estudios en Homenaje al Profesor José María Rojo Sanz*, Valencia, 1995, vol. II, p. 510-511.

¹³⁰ Fue Vasak quien lanzó la idea de los derechos de tercera generación como derechos de solidaridad en el sentido de ser derechos que unirían a los seres humanos.

toma de conciencia de la interdependencia global, incluso diacrónica, entre los seres humanos del planeta¹³¹.

En conexión con lo anterior, se sostiene que tales derechos se caracterizarían por ser de *oponibilidad general*, esto es, exigibles frente al Estado, los individuos, las entidades públicas y privadas y la comunidad internacional; pues solo pueden realizarse con la conjunción de los esfuerzos de todos los actores sociales¹³². Además, se caracterizarían por ser *derechos-deberes*, esto es, derechos cuya titularidad implica al mismo tiempo un deber; en otras palabras, se trata de derechos en los que resulta insuficiente considerar solo la pretensión si esta no va acompañada de la correspondiente responsabilidad.

No cabe duda de que los llamados derechos de tercera generación se hallan, en buena parte todavía, en el campo de las *reivindicaciones éticas*. Ciertamente, en las últimas décadas asistimos al fortalecimiento de una conciencia ética, cada vez más clara, sobre la necesidad de defender al ser humano frente a nuevas formas de amenaza para su vida, su libertad y su dignidad, y sobre la exigencia de que esa defensa adopte la forma de nuevos derechos (al desarrollo, a la paz, al medio ambiente adecuado). A pesar de todo, la incorporación de estos derechos al Derecho positivo resulta todavía muy lejana y su formulación adolece todavía de una gran imperfección¹³³.

¹³¹ BALLESTEROS, J., *Ecologismo personalista*, cit., pp. 86 y ss. ID., "Identidad planetaria y medio ambiente", en J. BALLESTEROS Y J. PÉREZ (ed.), *Sociedad y medio ambiente*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 227-247.

¹³² VASAK, K., "Pour une troisième génération des droits de l'homme", en SWINARSKI, C. (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire*, Geneve/Le Haye, CIRCR, M. Nijhoff, 1984, p. 839. MEYER-BISCH, P., *Le corps des droits de l'homme*, cit., pp. 234-235.

¹³³ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de derecho, Constitución*, cit., p. 289-290.

En efecto, este nuevo tipo de derechos no han alcanzado todavía una formulación jurídica acabada. La determinación de sus elementos (titular, objeto y sujeto obligado), así como su justiciabilidad reviste serias dificultades.

Así, se habla de derechos “en evolución” o de derechos emergentes o “en formación”. No obstante, la reflexión teórica acerca de esta categoría ha suscitado por primera vez la idea de una titularidad colectiva en el ámbito de los derechos humanos¹³⁴.

En el ámbito del Derecho internacional, su reconocimiento ha tenido lugar a través de algunos instrumentos cuyo carácter es de *soft law*, esto es: declaraciones, cartas, manifiestos, etc., de determinadas organizaciones y diversas conferencias internacionales al respecto¹³⁵, pero nunca han sido plasmados ni formulados expresamente en convenios internacionales jurídicamente vinculantes, salvo algunas excepciones¹³⁶.

¹³⁴ KSENTINI, F.Z., *Los derechos humanos y el medio ambiente*, Informe final de la Relatora Especial (Doc. E/CN.4/Sub.2/1994), pág. 5.

¹³⁵ Las más importantes, en el ámbito de la ONU, son las Declaraciones de Estocolmo de junio de 1972 y Río de Janeiro de junio de 1992, sobre medio ambiente; la Declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz de 1984 y la Declaración sobre el derecho al desarrollo de 1986.

¹³⁶ En el *Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales* hay una referencia no al derecho al medio ambiente como tal, pero sí al mejoramiento del medio ambiente como un aspecto del derecho a la salud (art. 12.2.b). Por lo demás, en el ámbito del Derecho Internacional regional, la Carta africana sobre derechos humanos y de los pueblos de 27 de julio de 1981 (Carta de Banjul), recoge de forma bastante detallada como derechos de los pueblos: el derechos a la autodeterminación, a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, el derecho al desarrollo, al disfrute igualitario del patrimonio común de la humanidad, el derecho a la paz y a la seguridad nacional e internacional y el derecho a un satisfactorio medio ambiente favorable para su desarrollo. Por su parte, el Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales de 17 de noviembre de 1988 (el llamado Protocolo de San Salvador”) recoge expresamente el derecho al medio ambiente en su artículo 11 a cuyo tenor “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos

1.15. Autodeterminación y proceso de especificación de los derechos

Desde mediados del siglo XX se manifestó una nueva tendencia en el ámbito de los derechos humanos, que se ha intensificado en las últimas décadas, y que Bobbio designó como “proceso de especificación”, consistente en una mayor determinación o concreción de los sujetos titulares de los derechos¹³⁷. Y así se habla de derechos específicos de ciertas categorías o colectivos de personas:

- de las mujeres
- de los niños
- de los ancianos
- de los enfermos y discapacitados físicos o psíquicos
- de los consumidores
- de las minorías
- de los emigrantes
- de los refugiados
- (e incluso) derechos de las futuras generaciones.

En estos casos, el titular de los derechos ya no es el individuo abstracto, sino los individuos concretos, reales, existentes en su diversidad y complejidad. La atención a lo concreto permite tener en cuenta la pluralidad de modos en que se manifiesta lo humano. Los seres humanos participamos de nuestra común

básicos. 2. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”. En cuanto al derecho interno de los países, solo las Constituciones más recientes incluyen el derecho al medio ambiente: la Constitución griega de 1975 (art. 24), la portuguesa de 1976 (art. 66) y la española de 1978 (art. 45).

¹³⁷ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 125 ss.

humanidad precisamente a través de nuestra específica manera de ser y de las diversas situaciones vitales por las que pasamos¹³⁸: somos seres humanos al ser mujeres, varones, concebidos, niños, adultos, trabajadores, parados, consumidores, ancianos, inmigrantes, refugiados, sanos, enfermos, minusválidos, moribundos. No hay un modelo paradigmático de ser humano. Por el contrario, detrás de las distintas formas de exclusión suele esconderse ese prejuicio¹³⁹. Esa atención a la pluralidad de modos de manifestarse el ser humano lleva a plantear la universalidad *en y desde* la diversidad. En este marco cobra pleno sentido el llamado *proceso de especificación*, que supone vincular los derechos humanos no al ser humano en abstracto, sino a las distintas situaciones vitales, a las diferentes esferas existenciales humanas, a los diversos modos de ser humano. Esto es, con referencia al ser humano en cuanto que resulta identificado por su inserción en una determinada categoría: como consumidor, como niño, como anciano, como mujer; pero también desde un punto de vista colectivo, como minoría, como refugiado, etc.¹⁴⁰

En efecto, hay determinadas situaciones o circunstancias del ser humano, que lo configuran como una categoría y que exigen un tratamiento especial. Las diversas categorías de personas a las que alcanza el proceso de especificación tendrían como característica en común la de encontrarse, por causas diversas, en una posición social desventajosa, “de particular desprotección e indefensión”¹⁴¹, incluso de marginación o de discriminación. Ello puede deberse

¹³⁸ VIOLA, F., *Identità e comunità*, Vita e Pensiero, Milano, 1999, p. 57.

¹³⁹ Para el androcentrismo el varón aparece como paradigma de lo humano. El etnocentrismo ve, por ejemplo, al hombre blanco como paradigma. En la Edad Moderna, la salud aparece como paradigma, la enfermedad como disfunción. En la actualidad está muy extendida la tesis de la autonomía: el adulto autosuficiente aparece como paradigma.

¹⁴⁰ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho, Constitución*, cit., p. 289-291.

¹⁴¹ MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L., “La universalidad de los derechos humanos y la noción constitucional de persona”, en AA.VV., *Justicia, solidaridad y paz*, cit., vol. I, p. 274.

a factores culturales, físicos o psicológicos, o simplemente por el papel que desempeñan en el seno de las sociedades desarrolladas¹⁴². En definitiva, se trata de grupos o colectivos de personas necesitadas de una protección o tutela especial, aunque varíe la amenaza que hace necesaria esa protección, que puede ser el sexismo en el caso de las mujeres, el etnocentrismo y el racismo en el caso de las minorías, la violencia doméstica en el caso de las mujeres o los niños, el deterioro ecológico en el caso de las futuras generaciones¹⁴³.

Por lo demás, este proceso no excluiría la universalidad fundamental de los derechos humanos¹⁴⁴, porque no supone atribuirles a las personas pertenecientes a estos grupos derechos distintos, sino únicamente concretar algunas exigencias específicas de los derechos humanos básicos adecuadas a su situación particular (por ejemplo: el derecho de los niños a ser educados y alimentados; el de las mujeres a ser protegidas contra la violencia sexista; el de las minorías a proteger su identidad lingüística o religiosa)¹⁴⁵.

En todo caso, la cuestión que aquí nos ocupa radica en determinar si el proceso de especificación permite calificar el derecho de autodeterminación como un auténtico derecho humano de titularidad colectiva; es decir, si en este proceso de especificación, que no cuestiona la universalidad de los derechos, cabe considerar que algunos individuos sean titulares de un derecho específico porque la categoría determinada de sujetos en la que se encuadran (mujeres, niños, enfermos, discapacitados, etc.) está determinada por una específica

¹⁴² PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, vol. I, cit., p.182.

¹⁴³ BALLESTEROS, J., "Introducción" en *Derechos humanos*, cit., p. 9.

¹⁴⁴ En sentido contrario, hay quienes ven en el proceso de especificación un dato que contribuiría a desmentir la pretendida universalidad de los derechos humanos: PRIETO, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 81- 82. y DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras*, Madrid, Ensayo, 1994, p. 55.

¹⁴⁵ MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L., "La universalidad de los derechos humanos y la noción constitucional de persona", cit. pp. 173 -174.

vulnerabilidad que el derecho pretende paliar en cada sujeto; y también cabe considerar que la vulnerabilidad que el derecho específico trata de paliar no sea del individuo sino del colectivo como tal; de manera que la titularidad de algunos derechos específicos, como la autodeterminación, no pertenezca a los individuos sino al colectivo al que estos pertenecen y los individuos solo lo ostenten (indirectamente) en tanto que voluntariamente se afirmen y asuman su condición de miembros de ese colectivo: ese sería el caso de las minorías religiosas, lingüísticas o étnicas. En efecto, se puede haber nacido en una etnia determinada, pero sin reivindicar la pertenencia efectiva a ese colectivo étnico, no cabría reconocer a una persona como titular de un derecho religioso o lingüístico específico.

El proceso de especificación de los derechos tiene una gran frontera común con los derechos de la 'tercera generación'. Y, muy en concreto, ambas categorías confluyen en el derecho de autodeterminación. Estamos en el terreno de los nuevos derechos, de formulación compleja y difusa, muy vinculados al ámbito de los derechos colectivos (incluidos los denominados derechos de las futuras generaciones) y con graves problemas para investirse de un carácter jurídico, debido a una absoluta carencia de garantías que permitan su reivindicación¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Así lo reconoce la doctrina especializada: "lo que otorga el carácter jurídico a un derecho no es su reconocimiento formal sino su garantía, institucionalización y el tipo de criterios para resolver los problemas. Pues bien, el Derecho internacional y los tratados internacionales solo han logrado la mera declaración, pero no la protección jurídica que merecen los derechos colectivos de los pueblos. Los derechos culturales, y en especial, el derecho de autodeterminación de los pueblos, no son derechos en el mismo sentido que los derechos individuales" (CASALMIGLIA, A., "Los derechos culturales ¿son derechos constitucionales?", en *Derecho y libertades*, nº8 (2000): 146).

2. DIFICULTADES PARA CALIFICAR LA AUTODETERMINACIÓN COMO UN DERECHO HUMANO

Quienes consideran que la autodeterminación de los pueblos es un derecho humano lo incluyen en la tercera generación de derechos y lo configuran con una titularidad colectiva. Esta configuración presenta dificultades teóricas importantes, que analizaremos a continuación, aunque la primera de las impugnaciones surge de la concepción positivista de los derechos en virtud de la cual lo que determina el carácter jurídico de algo es su positivación; es decir, su expreso reconocimiento por parte de un ordenamiento jurídico. La ya mencionada frase de Bobbio representa el paradigma de este planteamiento: “el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos”¹⁴⁷.

2.1. Autodeterminación y positivación de los derechos

Así pues, como ya hemos apuntado, para el iuspositivismo, hoy dominante en el panorama jurídico, solo cabría hablar de derechos humanos cuando estos han sido de alguna manera positivados. Sin embargo, como sugiere Payero¹⁴⁸, habría al menos tres motivos para rechazar esta línea de argumentación. En primer lugar, este razonamiento confunde los derechos con sus mecanismos de garantía. En segundo lugar, contraviene el espíritu de lucha por el progreso que acompañó al surgimiento de los derechos humanos. En tercer lugar, el grado de protección de los derechos que han sido positivados difiere tanto en función del ordenamiento que los reconoce como del tipo de derecho de que se trate.

¹⁴⁷ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, cit., p. 61.

¹⁴⁸ PAYERO, L., “El derecho de autodeterminación nacional: ¿un derecho humano?”, *CEFD* n° 32 (2015): 97.

Por lo que se refiere a la confusión entre los derechos humanos y sus técnicas de protección, parece evidente que si un derecho no se recoge y garantiza en un ordenamiento jurídico determinado su vulneración quedará impune y su ejercicio podría resultar imposible por falta de condiciones materiales. De ahí que la vocación de los derechos humanos sea encontrar acogida en los sistemas jurídicos positivos a través de unas garantías específicas. Pero el problema de la efectividad de los derechos no afecta ni al concepto ni al fundamento de los mismos. Como señala Ferrajoli, cuando un derecho se reconoce, pero no se establece su garantía, nos hallamos ante un incumplimiento de la obligación de producir la norma de garantía, lo cual da lugar a una laguna –primaria o secundaria– que el legislador tiene obligación de colmar. Por consiguiente, un derecho sin garantías no es un ‘no-derecho’, sino un derecho inactuado. El defecto no está en el derecho sino en el legislador¹⁴⁹.

Una segunda razón para no identificar los derechos humanos con los derechos positivados tiene que ver con su carácter originario de defensa de la dignidad y lucha por el progreso individual y social. En conexión con este origen, negar la condición de derechos humanos a los que no se recogen expresamente en el Derecho positivo significaría aceptar que la evolución del ser humano ha llegado a su condición final y, por consiguiente, desconocer su evidente dimensión histórica plasmada en las sucesivas generaciones de derechos¹⁵⁰. Se estaría produciendo una inaceptable inmutabilidad del *statu quo*: que solo

¹⁴⁹ *Ibíd.*, p. 98.

¹⁵⁰ Como afirma Pérez Luño: “negar a esas nuevas demandas [derechos de la tercera generación] toda posibilidad de llegar a ser derechos humanos, supondría desconocer el carácter histórico de éstos, así como privar de tutela jurídico-fundamental a algunas de las necesidades más radicalmente sentidas por los hombres y los pueblos de nuestro tiempo” (PÉREZ LUÑO, A.E., *La tercera generación de derechos humanos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, p. 34).

reconocería como derecho a aquello que el ordenamiento jurídico hubiera tenido a bien conceder. Nunca fue esta la justificación de los derechos¹⁵¹.

En tercer lugar, la positivación no brinda el mismo grado de protección a todos los derechos. Se observan diferencias en función de dos factores: el tipo de ordenamiento que los reconoce y la clase de derecho de que se trate. En efecto, la protección y garantía de los derechos recogidos en documentos internacionales es menor que la de aquellos positivados por un ordenamiento estatal, aunque a ambos se les conceda igual consideración jurídica. En este sentido, muchos invocan el distinto grado de concreción positiva para distinguir entre ‘derechos humanos’ (aludiendo a los “derechos positivados en las declaraciones y convenciones internacionales”¹⁵²) y derechos fundamentales (aludiendo a los “derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, que suelen gozar de una tutela reforzada”¹⁵³). Pero, incluso el nivel de protección de los propios derechos fundamentales es variable: la tutela judicial reforzada que acompaña a los derechos de ‘primera generación’ no acompaña a la mayor parte de los derechos de ‘segunda generación’ y, en absoluto, a los que integran la denominada tercera generación¹⁵⁴.

La doctrina constitucionalista mayoritaria descarta el carácter jurídico de los derechos de segunda y tercera generación, otorgándoles un carácter meramente político¹⁵⁵. Sin embargo, una corriente importante dentro de la filosofía del Derecho sostiene que los derechos económicos, sociales y

¹⁵¹ *Ibíd.*, p. 98-99.

¹⁵² PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho, Constitución*, cit., p. 44-45.

¹⁵³ *Ibíd.*, p. 49.

¹⁵⁴ PAYERO, L., “El derecho de autodeterminación nacional: ¿un derecho humano?”, cit., p. 99.

¹⁵⁵ BASTIDA, F.J. (et al.), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 79-98.

culturales son auténticos 'derechos fundamentales', al mismo nivel que los derechos civiles y políticos¹⁵⁶. Los argumentos con los que defiende el carácter fundamental de los derechos de segunda y tercera generación son fundamentalmente tres: la integridad (indivisibilidad de los derechos), la continuidad estructural de los mismos y la distinción entre derechos y garantías¹⁵⁷.

2.2. Autodeterminación y universalidad de los derechos

La corriente de pensamiento que niega a la autodeterminación el carácter de derecho humano suele poner el acento en una de las notas típicas que acabamos de exponer como distintivas de este tipo particular de derechos: la *universalidad* de los titulares. Se argumenta que el derecho de autodeterminación de los pueblos no podría considerarse un derecho humano precisamente porque de él no cabe predicar la universalidad, dado que tiene un carácter eminentemente particular. Habitualmente, la carencia de esta nota se relaciona también con la *titularidad colectiva* del derecho, es decir, si el grupo ostenta la titularidad del derecho en razón de una condición particular que lo distingue, eso por sí mismo excluiría su carácter universal (su hipotética titularidad universal)¹⁵⁸.

Al respecto, resultan paradigmáticas las palabras de Pérez Luño: el titular de los derechos humanos "será solo y siempre la persona individual". Y ello es así, incluso para quien sostenga una concepción generacional de los derechos

¹⁵⁶ En especial, FERRAJOLI, L.; *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 125-131.

¹⁵⁷ Para un desarrollo de cada uno de estos argumentos vid. AÑÓN, M.J., "Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas", en BALLESTEROS J., *Derechos humanos*, cit., p. 100-115.

¹⁵⁸ NÚÑEZ LADEVÉZE, L., "Derechos de los pueblos y derechos humanos", cit., p. 137-158.

humanos, puesto que esa tesis únicamente autoriza a postular una “sucesiva ampliación de los contextos, supuestos y condiciones que inciden en la titularidad de los derechos humanos, así como de las necesidades en función de las que se reconoce dicha titularidad”¹⁵⁹, pero no avala una ampliación de los sujetos titulares a los colectivos: el titular de los derechos de tercera generación continúa siendo el individuo “interconectado a redes planetarias de información y comunicación”¹⁶⁰. Y, en consecuencia, asegura que el reconocimiento internacional de la libre determinación de los pueblos “no equivale (...) a postular unos pretendidos derechos humanos de los pueblos”¹⁶¹. Los pueblos, en su opinión, carecen de derechos humanos¹⁶², porque este tipo de derechos requiere una titularidad individual de carácter universal¹⁶³. Aunque en otra obra sí parece admitir indirectamente esta posibilidad con relación a los derechos de tercera generación¹⁶⁴.

En esta misma línea, Núñez Landeveze entiende que solo cabe hablar de derechos de las comunidades culturales si pasando por el criterio de la universalidad pueden ser aplicables simultáneamente a todos los pueblos, pero no puede haberlos de un pueblo particular frente a otros, porque entonces no estaríamos hablando de un derecho humano universal. Esto puede entenderse con la comparativa entre el derecho del grupo a la supervivencia y el derecho

¹⁵⁹ PÉREZ LUÑO, A-E.; “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, cit., p. 262.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 263. Es probable que en esta concepción pese demasiado el hecho de que, al estudiar la tercera generación de derechos, Pérez Luño se haya ocupado con profusión de los derechos relacionados con la sociedad de la información y los medios informáticos y no tanto de otros (derecho a la paz o al disfrute del medio ambiente).

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 263-264.

¹⁶² *Ibid.*, p. 264.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 260.

¹⁶⁴ Se apoya para ello en la concepción generacional de los derechos justificando que estos pudieran ampliarse hasta incluir a los pueblos entre sus titulares. Vid. PÉREZ LUÑO, A.E., *La tercera generación de derechos humanos*, cit., p. 34,

de la persona a sobrevivir. El derecho de autodefensa y a sobrevivir de las personas tiene un carácter universal: toda persona tiene ese derecho y la comunidad política no puede restringirlo solo a algunos individuos o modularlo en función de características. Eso supone que todos lo ostentan de igual manera y pueden ejercerlo de igual manera frente a quien pretenda amenazar la vida o la integridad física. Por consiguiente, cuando hablamos de un derecho de autodefensa o de supervivencia de un pueblo o de un grupo, lo hacemos en tanto en cuanto determinadas personas son amenazadas por razón de su pertenencia o adscripción a ese pueblo o grupo. De igual modo, no hablamos en realidad de la libertad de un pueblo o de una comunidad, sino de la libertad de las personas que lo componen, cuyos derechos podrían ser vulnerados en consideración al hecho de que pertenecen a un pueblo o a una cultura particular¹⁶⁵.

Para este autor, no existiría, en absoluto, un «derecho humano» al mantenimiento de una determinada cultura. En todo caso, estaríamos hablando de un derecho cultural (por definición de carácter particular), pero no de un derecho humano (por definición de carácter universal) en el sentido de que se incrusta en lo más profundo de la identidad del sujeto en tanto que ser humano; es decir, en aquello que de universal tiene la especie: su condición humana. Si las culturas pueden surgir, mezclarse y desaparecer como muestra la historia, entonces no puede existir un derecho humano a la preservación cultural, como exigencia constitutiva de la dignidad de todo ser humano (el mantenimiento de las culturas antropofágicas o de la que imponían sacrificios humanos no puede tener fundamento en la dignidad). Si hay derechos humanos los hay en la medida en que quepa considerar una identidad humana universal, y esta solo puede ser una identidad de la especie y no de las distintas culturas que

¹⁶⁵ NÚÑEZ LADEVÉZE, L., "Comunidad, identidad y derechos humanos", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 125 (2004): 251-252.

conforman las identidades sociales o morales. Para Núñez Landeveze, pretender que existen identidades respecto de las cuales la identidad personal de un individuo, en tanto que simple ser humano, no fuera absoluta sino relativa, supondría admitir que la propia noción de derechos humanos dejaría de ser universal y acabaría estando sometida y condicionada a una exigencia superior como es el derecho de los pueblos o de las comunidades a existir, ya que la identidad de los individuos solo podría afirmarse en el seno de una comunidad que los precede. Eso implicaría que la personalidad no es más que un accidente de la comunidad, y que la conciencia personal es solamente un epifenómeno de una conciencia colectiva o un mero producto social¹⁶⁶.

¿Es posible superar estas objeciones y considerar la autodeterminación como un auténtico derecho humano? Veamos.

Como ya hemos dicho, solo desde el proceso de especificación de los derechos humanos cabría argumentar a favor de lo que la profesora E. Fernández denomina universalidad 'concreta' de los mismos¹⁶⁷. En otras palabras, el derecho de autodeterminación no podría equipararse ni incluirse en los que hemos llamado 'derechos troncales' (como la vida, la integridad física o las libertades individuales) que sí gozan de una universalidad 'abstracta'; es decir, que están situados en la órbita de los que únicamente pueden tener una titularidad individual, en tanto que exigencias absolutas (irrenunciables e indisponibles) de la dignidad humana. Ahí sí estamos en el ámbito de la universalidad, entendida como exigencias de la condición humana, como identidad común de la especie humana.

Pero si superamos la interpretación simplista de la universalidad y la entendemos también (además) como una cualidad predicable de la persona, en

¹⁶⁶ *Ibíd.*, p. 253.

¹⁶⁷ FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y derechos humanos*, cit., p. 78-81.

tanto que 'situada', es decir, en tanto que encuadrada en una categoría determinada que determina un conjunto específico de necesidades o carencias, que no afectan a otras personas, pero que pueden ser calificadas como exigencias universales de todos cuantos integran esa categoría; entonces sí cabría conciliar autodeterminación y universalidad. El carácter de derecho humano provendría de las exigencias de garantizar determinados bienes básicos de determinadas personas (lengua, cultura, religión, etc.) que estarían amenazados en tanto que no existan instrumentos políticos y jurídicos capaces de hacerlos efectivos, y de cuya ausencia o carencia, derivaría una evidente lesión de la identidad personal del sujeto en relación a su lengua, a su cultura, a su religión. Este es el sentido en el que el artículo 1, tanto del PIDCP como del PIDESC, reconoce este derecho a 'todos los pueblos'. Una universalidad 'concreta' que afecta a 'todos' aquellos grupos de personas cuyo desarrollo humano pueda verse menoscabado o dañado por la imposibilidad de desarrollar la propia identidad en el contexto jurídico estatal en el que están integrados¹⁶⁸.

En definitiva, estaríamos hablando de una universalidad 'concreta' que solo puede predicarse de colectivos, pero en la medida en que sus miembros no pudieran alcanzar un desarrollo personal pleno fuera de su integración en ese grupo. Y eso los singulariza nuevamente y remite, de una u otra manera, a los miembros del grupo, individualmente considerados. En efecto, nada se opone a que quienes pertenecen a una etnia, raza o cultura determinada desarrollen perfectamente su personalidad fuera de ese entorno cultural. Y nada se opone

¹⁶⁸ De manera algo más simplista, acogiéndose a la definición de universalidad de Ferrajoli, como una cualidad de los derechos atribuidos a "clases enteras de sujetos jurídicos", cabría concluir que el derecho de autodeterminación pertenece a una clase entera de sujetos jurídicos, que son los pueblos, por lo que no habría dudas de su universalidad. Vid. PAYERO, L., "El derecho de autodeterminación nacional: ¿un derecho humano?", cit., p. 104.

tampoco a que quienes no pertenezcan a esa etnia o grupo encuentren ahí el cauce del pleno desarrollo de su personalidad. Esto supone el necesario reconocimiento de una dimensión subjetiva de las colectividades que exige un voluntario asentimiento para integrarse en ellas y, por tanto, la prevalencia y superioridad de los derechos troncales individuales sobre los colectivos. Lo veremos más adelante con mayor profundidad.

2.3. Autodeterminación y titularidad colectiva de los derechos

Íntimamente conectado con el problema de la universalidad aparece el problema de la titularidad colectiva del derecho de autodeterminación. Analizaremos con detalle, más adelante, el complejo debate doctrinal relativo a la titularidad colectiva de los derechos, pero baste por ahora adelantar que, quienes conciben la autodeterminación como un derecho humano, consideran justificado que un ente colectivo –los pueblos– pueda ser su titular, con tal de que se verifiquen dos condiciones¹⁶⁹: en primer lugar, que alcance a todos aquellos entes que puedan ser identificados como ‘pueblo’, tal y como se recoge en el art. 1 de los Pactos de 1966 (si bien esto presenta ya de por sí un complicado problema teórico y práctico de identificación) y, en segundo lugar, que no existan restricciones internas o externas en cuanto a sus miembros; en otras palabras, que cualquier individuo pueda voluntariamente integrarse en un determinado colectivo o entidad de ese carácter, de igual modo que pueda voluntariamente desligarse de él. Para que esto pudiera realizarse, habría que sostener, como ya hemos apuntado, una concepción *subjetiva* de pueblo. Esto es, excluir las connotaciones étnicas, raciales o identitarias del concepto de ‘pueblo’ y hacer depender la pertenencia a un grupo nacional de criterios

¹⁶⁹ PAYERO, L., “El derecho de autodeterminación nacional: ¿un derecho humano?”, cit., p. 103-104.

puramente volitivos y electivos de los individuos (también esto presenta complicados problemas teóricos y prácticos de identificación: ¿cabe constituir un pueblo de la nada sin vínculos culturales, históricos o lingüísticos previos?).

Cumpliendo con la primera condición, la autodeterminación asumiría la exigencia de universalidad requerida por la titularidad de cualquier derecho humano (cabría hablar de una titularidad 'colectiva' universal). Respetando la segunda condición se garantizaría la compatibilidad entre el ejercicio efectivo de la autonomía individual y de la 'autonomía colectiva' (si cabe hablar así de las expectativas o reivindicaciones del colectivo relativas a su autodeterminación). Por otra parte, además, se evitaría también que el ejercicio de la autonomía individual pudiera verse frustrado porque, en muchas ocasiones, debido a nuestra condición de "individuos contextuales" necesitamos del contexto colectivo en el que estamos integrados para identificar y establecer nuestras opciones y preferencias individuales. Así pues, por un lado, todo individuo aprende a ser libre en una sociedad determinada y, por otro lado, nuestra identidad personal no solo depende de la pertenencia a una nación, sino de la valoración que esa nación tenga en el contexto global¹⁷⁰.

Como hemos visto, el problema de la supuesta 'universalidad colectiva' solo puede soslayarse a través del proceso de especificación de los derechos y la idea de universalidad 'concreta' que, de una u otra forma, acaba por remitir a la titularidad individual, en cuanto que la singularidad de los derechos reconocidos a esos colectivos obtiene su justificación última de la imposibilidad del sujeto de satisfacer determinadas exigencias básicas de la dignidad en atención a la singularidad que los identifica (por ejemplo, una lengua o una discapacidad). Pero eso supone establecer una clara distinción entre '*derechos de determinados colectivos*' (categorías de sujetos identificados por una causa

¹⁷⁰ *Ibíd.*, p. 104.

específica que los singulariza y justifica determinados derechos individuales) y '*derechos colectivos*' en sentido estricto, es decir, aquellos que suponen una titularidad colectiva que trasciende a los individuos que los constituyen.

Como hemos visto, quienes sostienen que un *derecho de titularidad colectiva*, como la autodeterminación, puede tener el carácter de derecho humano lo justifican porque entienden que el pleno ejercicio de la autonomía individual está intrínsecamente ligado a la identidad personal de los sujetos que se forja siempre en un contexto colectivo determinado. Sin entrar en el debate sobre el *comunitarismo*, que excedería del objetivo de este trabajo, considero que quienes sostienen esto no acaban de distinguir bien los tres tipos de identidades que confluyen en las personas y que, acertadamente, señala Núñez Landeveze: identidad social, identidad moral e identidad personal¹⁷¹.

La '*identidad social*' está constituida por el conjunto de prescripciones y normas comunitarias que componen la tradición en la que se fragua la personalidad: pertenencia del individuo a una comunidad de convivencia culturalmente identificable a partir de rasgos como la religión, la lengua, la cultura, la raza, etc. La '*identidad moral*' está constituida por el ámbito social de referencia al que se extiende la responsabilidad moral de la persona¹⁷². El núcleo de la cuestión radica en que la '*identidad social*' se construye o se produce en el hábitat o en el entorno a partir del cual se engendra la '*identidad moral*', y puede construirse en conflicto con los valores de hábitat o en identificación total o parcial con ellos; precisamente por eso, como señala Taylor, la '*identidad*

¹⁷¹ NÚÑEZ LADEVÉZE, L., "Comunidad, identidad y derechos humanos", cit., p. 239-243.

¹⁷² Coincide con una noción de «identidad» expuesta por Taylor: «Consideremos lo que entendemos por "identidad". Se trata de "quién" somos y de "dónde venimos". Como tal, constituye el trasfondo en el que nuestros gustos y deseos, y opiniones y aspiraciones, cobran sentido. Si algunas de las cosas a las que doy más valor me son accesibles solo en relación a la persona que amo, entonces esa persona se convierte en algo interior a mi identidad» (cfr. TAYLOR, Ch., *El multiculturalismo y la «política del reconocimiento*, cit., p. 70).

social' es variable y revisable por la 'identidad moral'¹⁷³. La primera alude al enraizamiento social de la persona (en una cultura simple o sincrética, un entorno concreto, una lengua, una moral o religión). La segunda, alude al hecho de que cada persona tenga su autonomía moral dentro de su grupo social y respecto de cualquier otro grupo social posible¹⁷⁴.

El tercer tipo, la '*identidad personal*', está constituida por el conjunto de condiciones que permiten a un individuo identificarse como individuo de una especie distinta de cualquier otra; es decir, le permiten percibir su condición de ser humano igual (y diferente) de los demás. Así pues, frente a los otros dos tipos de identidad (la social y la moral) la 'identidad personal' no se construye ni individual ni socialmente, ni tampoco se asume con la experiencia de la vida, es una identidad que tiene una base genética, se posee *ab initio*, por ser miembro de una especie y, por ello, es a la vez universal y concreta. No puede ser objeto de transacción o de reconocimiento, porque es condición de la social y la moral. La identidad personal identifica al ser humano como individuo de una especie y no como miembro de un grupo dentro de ella, o en cuanto portador de un proyecto personal de vida. Y esa identidad, que es la única universal, se manifiesta en la capacidad potencial de todo ser humano de adaptarse a uno u otro entorno, de hablar una u otra lengua y de concebir uno u otro proyecto vital¹⁷⁵.

Para Núñez Landeveze, la '*identidad personal*' distingue siempre a cualquier persona dentro del grupo en el que está integrada y la hace distinta y diferente a todos los demás miembros del grupo (la experiencia vital, la responsabilidad y la conciencia son personales e intransferibles); y aquello que la distingue

¹⁷³ TAYLOR, Ch., *Fuentes del yo: la construcción de la identidad moderna*, Barcelona, Paidós, 1996. cap. 2.

¹⁷⁴ NÚÑEZ LADEVÉZE, L., "Comunidad, identidad y derechos humanos", cit., p. 239.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p. 240.

como persona individual dentro del grupo social de pertenencia es lo mismo que la distingue con relación a cualquier otro grupo en el que decida integrarse o con el que se relacione. La *identidad personal* no varía por el hecho de que se adopte como término de la relación el endogrupo o el grupo extraño¹⁷⁶. Dicho de otro modo, la identidad personal es 'constitutiva' y tiene valor universal *erga omnes*; es decir, una persona es siempre la que es y no otra, aunque cambie de grupo y de relaciones sociales, de religión o de costumbres. En ocasiones se dice que un converso o un apóstata cambian de identidad, pero en realidad esto es solo una forma metafórica de hablar, puesto que su *identidad personal* permanece íntegra: sigue siendo la persona que es, aunque pueda descubrir o interesarse por cosas diferentes de las de antes. En definitiva, la *identidad social* es parcial y relativa y la *identidad moral* afecta a la responsabilidad personal del sujeto. Pero la *identidad personal* no es relativa, es absoluta y es constitutivamente previa a la personalidad del agente moral. Aunque la persona cambie de identidad social o moral no pierde su identidad como persona. Pero si un grupo o colectivo cambia de identidad significa que ha perdido la anterior: por ejemplo, si una comunidad definida por la lengua o religión cambian de lengua o religión, dejan de tener la identidad que tenían y, en su caso, pasarían a tener otra: el español no es el inglés, ni el protestantismo es el catolicismo, pero la persona que dejó de ser protestante y fue acogida en una comunidad católica continúa siendo la misma persona que

¹⁷⁶ Charles Taylor se plantea el problema con relación a la pérdida del 'marco de referencia' que da sentido a los proyectos morales personales: «Es lo que llamamos una "crisis de identidad", una forma de aguda desorientación que la gente suele expresar en términos de no saber quiénes son... Una dolorosa y aterradora experiencia» (TAYLOR, Ch., *Fuentes del yo*, cit., p. 43). En efecto, cabe aceptar que la «identidad» presuponga siempre un 'marco referencial', pero el 'marco' no es el constituyente de la *identidad personal*, puesto que ésta puede variar y la persona no deja de ser esa misma persona por el hecho de cambiar de marco de referencia.

era antes de convertirse. Las personas siguen siendo tan idénticas a sí mismas como antes, aunque cambie su identidad social o su identidad moral¹⁷⁷.

El problema de aceptar que un derecho colectivo, en sentido estricto, pueda gozar del carácter de derecho humano universal radica precisamente en la absoluta primacía de la *identidad personal* sobre toda clase de *identidad social* o comunitaria, que siempre tiene un carácter relativo y referenciado a la persona. En otras palabras: el reconocimiento político de las comunidades no puede prevalecer sobre el reconocimiento de los derechos de las personas fuera y dentro del grupo; es decir, las políticas de reconocimiento y las aspiraciones a la autodeterminación no pueden pretender un reconocimiento como derecho humano universal, porque la identidad personal de los seres humanos individuales está por encima de los grupos o colectivos en los que se integran. En ningún caso la pretensión de reconocimiento o de autodeterminación de una etnia o una comunidad nacional basada en un núcleo cultural o lingüístico podría legitimar el recurso a ningún tipo de coacción o violencia política sobre las personas que la integran para someterse a un determinado modelo político o social¹⁷⁸. Otra cosa distinta es que el grupo que aspira al reconocimiento o a la autodeterminación lo haga porque está en juego la supervivencia de valores básicos de las personas que lo componen, en cuyo caso estaríamos en el supuesto ya explicado de la 'universalidad concreta'; es decir, de derechos de un determinado colectivo, de un grupo de personas cuyos bienes básicos se ven amenazados o agredidos por su pertenencia al grupo, pero no estaríamos hablando de un derecho humano del grupo o de la comunidad en cuanto tal.

¹⁷⁷ NÚÑEZ LADEVÉZE, L., "Comunidad, identidad y derechos humanos", cit., p. 241-242.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, p. 242.

Cuando se parte de un concepto de identidad, implícito o explícito, que antepone la identidad de la comunidad de pertenencia a la identidad de las personas, entonces fácilmente se legitima el recurso a métodos de violencia política que van más allá de la autodefensa de bienes básicos amenazados por la pertenencia a un grupo. Afirma Núñez Landeveze que esa violencia política fácilmente deriva en terrorismo contra el disidente. “Y esto ocurre cuando los ‘movimientos de liberación nacional’ conciben su pretensión de autodeterminación como un ‘*derecho humano colectivo*’ y la identidad relativa del grupo se erige en una especie de derecho inalienable a la soberanía, independientemente de que esa pretensión sea controvertida o no compartida, y de que el sistema legal garantice el ejercicio de los derechos personales. Se puede llegar regresivamente entonces a concebir una forma nacional basada exclusivamente en el rasgo de ‘la comunidad de descendencia’, discriminando a quienes no la comparten o no la consideran excluyente ni incompatible con formas organizativas del estado y soslayando, en suma, que ‘la nación de ciudadanos encuentra su identidad no en rasgos comunes de tipo étnico-cultural, sino en la praxis de ciudadanos que ejercen activamente sus derechos democráticos de participación y comunicación’ (Habermas)”¹⁷⁹.

2.4. Autodeterminación y carácter difuso de los grupos y sus derechos

Junto a los problemas relativos a la universalidad y la titularidad colectiva, se invocan otros dos argumentos para cuestionar que la autodeterminación ostente el carácter de derecho humano: por una parte, el carácter difuso –no colectivo– del titular de este derecho y, por otra parte, la configuración del

¹⁷⁹ *Ibíd.*, p. 243.

grupo o colectivo como si fuera un sujeto vivo, dotado de una voluntad al margen de la de cada uno de sus miembros¹⁸⁰.

Con relación al carácter difuso, Pérez Luño admite la posibilidad de que en los sistemas democráticos puedan equipararse las personas jurídicas y las personas físicas para la tutela de determinados derechos fundamentales. Pero cuando hablamos de personas jurídicas estamos aludiendo a entes colectivos que reúnen los requisitos básicos para ser titulares de derechos (delimitación de sus miembros, fines, medios, etc.). Ningún ordenamiento reconocería personalidad jurídica a entes indeterminados o difusos porque esto sería contrario a uno de los fines básicos del Derecho, que es la certeza¹⁸¹.

En el mismo sentido se pronuncia Ferrajoli cuando distingue entre pueblo y Estado, atribuyendo personalidad jurídica solo al Estado, debido a que no existe ningún “acto constitutivo que instituya (...) un pueblo”, ni tampoco ningún “acto de inscripción o adscripción” que determine la pertenencia de un ser humano a un pueblo. De ahí que solo el Derecho positivo es quien determina la condición jurídica de un sujeto, basada en una constatación empírica: “una vez que se ha constituido y formalizado jurídicamente”¹⁸². Un razonamiento de este tipo conduce habitualmente a distinguir entre ‘pueblos’ titulares del derecho de autodeterminación –en particular los Estados– y ‘pueblos’ excluidos de dicha titularidad sobre la base de criterios puramente fácticos: un pueblo que accede a la condición estatal se constituye en sujeto titular de derechos al formalizarse jurídicamente por el otorgamiento de una Constitución y su reconocimiento internacional; a partir de ahí, pierde su carácter difuso y asume la titularidad del derecho a la autodeterminación, pero como consecuencia necesaria de haberlo

¹⁸⁰ PAYERO, L., “El derecho de autodeterminación nacional: ¿un derecho humano?”, cit., p. 102-103.

¹⁸¹ PÉREZ LUÑO, A-E.; “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, cit., p. 265

¹⁸² FERRAJOLI, L.; *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 385.

ejercido ya; es decir, más que un reconocimiento (previo a la formalización) de la titularidad del derecho, es una mera constatación a posteriori basada en que el derecho se ha ejercitado efectivamente.

Esta distinción entre pueblos legitimados para ejercer la autodeterminación y pueblos no habilitados para ello, viene impugnada por quienes entienden que la identificación de un pueblo como sujeto titular de derechos no puede basarse en criterios puramente fácticos, dado que conduciría a establecer una clasificación entre pueblos de primera clase, aquellos que ya se han autodeterminado (han accedido a la condición estatal), y pueblos de segunda clase; estos es, pueblos sin Estado, que no tienen capacidad para autodeterminarse porque, en la práctica, no lo han hecho. Si se aceptara este principio, habría que concluir que no existen vías legales para ejercer la autodeterminación y, por consiguiente, quienes pretendan hacerlo estarán abocados necesariamente al empleo de vías de hecho. La inseguridad jurídica e, incluso, la amenaza para la paz y la estabilidad internacionales que esta situación entraña no parece sostenible¹⁸³.

No obstante, una cosa es constatar la complejidad real, en el plano jurídico estatal e internacional, que supone la pretensión de ejercer el derecho de autodeterminación por parte de una comunidad nacional, y otra cosa bien distinta es constatar la complejidad que reviste identificar a un ente colectivo como un 'pueblo', como una comunidad con vocación de autodeterminarse como Estado y reconocible como titular del derecho, máxime viendo las tensiones internas que existen dentro de ese tipo de comunidades, las divisiones políticas relativas a esa cuestión que existen entre sus miembros y

¹⁸³ PAYERO, L., "El derecho de autodeterminación nacional: ¿un derecho humano?", cit., p. 104.

los evidentes episodios de violencia (cuando no de terrorismo) ejercidos sobre los disidentes.

Y esto conecta con la segunda impugnación, que se fundamenta en la necesidad de investir al grupo o colectivo de una concepción de comunidad tal y como la formuló Ferdinand Tönnies¹⁸⁴; es decir, aceptar la idea de que la comunidad es un organismo vivo, esto es, un grupo dotado de voluntad propia, que se impone (y se sobrepone) a la de los individuos integrados en él, a través de vínculos que conforman un status predeterminado y rígido¹⁸⁵. En otras palabras, resulta teóricamente complejo y políticamente peligroso, sostener que un grupo pueda tener y expresar una voluntad trascendente (incluso diferente) de aquella de los miembros que lo integran; e incluso que esa voluntad sea superior a la de esos miembros y que solo pueda manifestarse y ejercerse en común; como si se tratara de algo trascendente que, de manera metafísica, surgiese en el seno de las comunidades y las hiciera tomar conciencia de sí. Una voluntad superior que debe ser asumida por cada miembro del grupo como algo que le constituye y le dota de identidad. Pérez Luño advierte de los peligros que los grupos y sus pretendidos derechos entrañan para el individuo y de las vulneraciones de las libertades que se infringen a los individuos invocando una pretendida voluntad superior o destino trascendente de la comunidad¹⁸⁶. Así lo entiende también Ferrajoli, para quien existe un vínculo estrecho entre la autodeterminación y la limpieza étnica¹⁸⁷.

Quienes pretenden superar este paradigma 'orgánico' o 'esencialista' de

¹⁸⁴ TÖNNIES, F., *Comunidad y asociación*, Barcelona, Península, 1979,

¹⁸⁵ PÉREZ LUÑO, A-E.; "Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos", cit., p. 266

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 259-260.

¹⁸⁷ FERRAJOLI, L.; "Los fundamentos de los derechos fundamentales", en L. FERRAJOLI (et al.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 359-360. En el mismo sentido, NÚÑEZ LADEVEZE, L., "Derechos de los pueblos y derechos humanos", cit., p. 138.

comunidad y apuestan por grupos o colectivos ‘abiertos’ (las denominadas naciones ‘cívicas’ o ‘políticas’), que asumen criterios subjetivos de libertad y voluntariedad para determinar la pertenencia de sus miembros¹⁸⁸, en el fondo están reconociendo implícitamente, dos evidencias: en primer lugar, la necesidad de un asentimiento voluntario para determinar la pertenencia al grupo lo que provoca es un desplazamiento del protagonismo del derecho desde el colectivo, como tal, a los individuos que lo conforman; es decir, uno se adscribe voluntariamente al grupo porque comparte con otros una misma causa: la misma necesidad de tener garantizado un bien básico que fuera del grupo no tendría; es decir, asume la identidad social y moral de los miembros de ese grupo a la hora de reivindicar determinados bienes específicos, por razón de la especificidad que une a sus miembros (sea en el ámbito lingüístico, cultural, religioso, etc.). Pero este planteamiento está mucho más cercano al proceso de especificación, derivado de la universalidad concreta (derechos específicos de un colectivo) que a un derecho de titularidad colectiva. En segundo lugar, la voluntariedad como criterio de pertenencia al grupo apunta indirectamente a una unanimidad en relación con la asunción de la identidad social y moral de quienes componen el grupo; es decir, no cabría la disidencia, so pena de incurrir, como ya se ha advertido, en la coacción o en la violencia política, que supondría vulnerar la libertad y autonomía de quienes no comparten esas identidades. Y ahí se encuentra otra de las aporías difícilmente resolubles en cuanto a la identificación del colectivo: está perfectamente claro quiénes son mujeres, quiénes son discapacitados o quiénes son niños para incluirles en una categoría que exige la protección de determinados bienes particulares, a través de derechos específicos que respetan la universalidad. Pero esto resulta imposible en relación con la categoría de ‘pueblo’, a no ser

¹⁸⁸ PAYERO, L., “El derecho de autodeterminación nacional: ¿un derecho humano?”, cit., p. 104.

que se requiera una declaración específica de voluntad de cada uno de aquellos que se consideren miembros de ese 'pueblo', asumiendo lo que consideran manifestaciones diferenciales de su identidad social y moral, que exigen la autodeterminación como único cauce para poder ser plena y legítimamente expresadas.

3. LA AUTODETERMINACIÓN COMO DERECHO COLECTIVO

La toma de conciencia de que las sociedades han dejado de ser homogéneas y la necesidad de arbitrar fórmulas para acomodar la diversidad cultural dentro de los Estados ha dado carta de legitimidad a las comunidades nacionales en su reivindicación de derechos de autogobierno de los que previamente habían carecido. Podría decirse que la crisis del Estado-nación se ha hecho patente a raíz de la pluriétnicidad sobrevenida, pero han sido las identidades nacionales originarias las que abanderan el tránsito hacia un modelo nuevo de Estado pluricultural (multinacional y poliétnico), basado en un concepto nuevo de ciudadanía (diferenciada) sustentada sobre el reconocimiento de derechos colectivos. Teniendo presente un ulterior reto: la multinacionalidad sobrevenida, esto es, la exigencia de un reconocimiento institucional de grupos nacionales, no originarios, sino constituidos como consecuencia de la inmigración masiva (el caso de la comunidad musulmana es paradigmático en Europa)¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Vid. KYMLICKA, W., *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003.

3.1. La pluralidad cultural como fundamento de los derechos colectivos

El Estado-nación moderno, que surge del paradigma de la revolución francesa y norteamericana, no está concebido propiamente como pluricultural, aunque acoja en su seno la pluralidad. Es decir, acoge la pluralidad cultural en el ámbito privado, pero exige de sus ciudadanos una doble integración, política y étnica, de manera ineludible.

En efecto, la cohesión interna del estado-nación se consigue a través de una cierta *uniformidad*, especialmente en torno a una lengua (cuyo uso se generaliza en un territorio que se considera propio) y a un relato histórico que toma como «sujeto» al Estado. Estas (y otras) características culturales permiten hablar de nación, en torno a la que se genera un sentimiento compartido de pertenencia. Pero se trata de una *uniformidad* compatible con un *relevante grado de pluralidad* (en las creencias, en los modos de vida, etc.), que se asume como manifestación legítima de la libertad de los ciudadanos y frente a la cual se observa una teórica “neutralidad”, sin potenciar o privilegiar ninguna opción. Sin embargo, esa pluralidad se garantiza solo en el ámbito privado, protegida por el principio de no discriminación.

Pero, por otro lado, el Estado nación exige a sus miembros una doble integración: les pide una *integración política* —«fe constitucional»—, es decir, aceptación de los principios del procedimentalismo democrático y de los derechos humanos, y les pide también una *integración nacional*, es decir, asunción de los rasgos básicos que definen a la nación —se trata de una cierta integración étnica, en sentido «débil», con los amplios márgenes de pluralismo aceptados¹⁹⁰.

¹⁹⁰ ETXEBERRÍA, X., “Estado Pluricultural”, en *Glosario para una sociedad multicultural*, Fundación Bancaixa, Valencia 2003, p. 140.

En definitiva, el estado-nación tradicional está concebido para un pluralismo “liberal” tal y como lo concibe Sartori en su ensayo *La sociedad multiétnica*¹⁹¹. Ese pluralismo liberal difícilmente digiere la pluriculturalidad, en sentido estricto, si por tal debe entenderse el reconocimiento político y jurídico de toda singularidad cultural en el espacio público. Para que esto pueda producirse parece imprescindible un ensanchamiento del espacio jurídico y político habilitado por el estado-nación. Y ello es así porque la pluriculturalidad exige institucionalizar la diferencia dentro de un mismo espacio social, para personas que se identifican con culturas diversas, en función de identidades nacionales o étnicas¹⁹². De ahí la necesidad de plantear un nuevo modelo de estado superador de las exigencias integradoras del estado-nación y abanderado de una nueva concepción de la ciudadanía. Quienes hablan de “estado pluricultural”, se refieren a la articulación de un nuevo modelo político y organizativo que, acogiendo ciertos *modos de diversidad cultural* (momento fáctico), pretende atribuirles una dimensión significativa dentro de la propia organización institucional del Estado (momento normativo)¹⁹³. El tránsito teórico hacia ese nuevo modelo de estado parece plantearse sobre el ineludible marco de los derechos colectivos (o diferenciados), ligados al reconocimiento de las minorías nacionales y su exigencia de autogobierno y al de las minorías étnicas y los denominados derechos poliétnicos y derechos especiales de representación¹⁹⁴.

¹⁹¹ SARTORI, G., *La sociedad multiétnica*, Madrid, Taurus 2001, p. 46-58.

¹⁹² LAMO DE ESPINOSA, E., *Culturas, Estados, Ciudadanos*, cit., p. 18.

¹⁹³ ETXEBERRIA, X., “Estado pluricultural”, cit., p. 141.

¹⁹⁴ KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, cit., pp. 46-55.

3.2. El doble origen nacional y étnico de la pluriculturalidad

Los fenómenos identitarios son los que más en evidencia ponen las limitaciones del estado-nación frente a los problemas que plantea la acomodación de la pluriculturalidad y la gestión del fenómeno nacionalista que hemos analizado¹⁹⁵. Pero es precisamente el doble origen, étnico y nacional, de la pluriculturalidad lo que exige su tratamiento diverso a la hora de articularla en un nuevo proyecto político de estado. Se trata, como destaca Habermas, de fenómenos distintos que no deben ser confundidos, pero que están emparentados¹⁹⁶. En efecto, Kymlicka distingue dos modos fundamentales a través de los cuales la pluriculturalidad se hace presente en un estado: la plurinacionalidad y la polietnicidad, ambas simultáneamente presentes en casi todos los estados¹⁹⁷. Cada una presenta su propia peculiaridad en el tratamiento de los derechos colectivos y en el tránsito político hacia un

¹⁹⁵ Las reivindicaciones identitarias actuales tienen una doble dirección: o bien surgen de los autóctonos frente al establecimiento de extranjeros (*nacionalismo reactivo*), o bien surgen de las reivindicaciones de grupos que, dentro del Estado al que pertenecen, se sienten frustrados o marginados en alguno de los sectores importantes de la vida pública y, fundamentados en su identidad étnica, representada por los elementos que mejor la simbolizan, como la lengua, la religión o el índice racial, pretenden conseguir lo que estiman su derecho (*nacionalismo identitario*, en sentido estricto). Si el primero genera, sobre todo, problemas de convivencia para el extranjero (racismo y xenofobia) y puede influir en las políticas de extranjería de los estados, el segundo fenómeno genera graves problemas en la estructura del propio estado, porque influye de manera determinante en la concepción de la ciudadanía y, en situaciones extremas, puede degenerar en un conflicto armado entre los grupos, como es el caso de musulmanes e hindúes en la India; musulmanes y cristianos en Sudan; Tutsi y Hutus en Burundi; católicos y protestantes en Irlanda; Serbios y Kosovares en Europa central o musulmanes y cristianos en el Líbano. Se podrían multiplicar los ejemplos.

¹⁹⁶ HABERMAS, J., *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós 1999, p. 198-200.

¹⁹⁷ KYMLIKA, W., *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 25-46.

auténtico estado pluricultural; pero su correcta y justa gestión se presenta hoy como un cometido esencial de la democracia¹⁹⁸.

3.2.1. La plurinacionalidad del Estado

En un primer nivel, la plurinacionalidad se presenta cuando la construcción del estado nacional no consigue imponer de modo armonioso y generalizado la doble integración que este exige (política y étnica). Existen poblaciones, territorialmente concentradas, con lenguas y tradiciones vivas, en las cuales una parte importante de esa población no acaba de asumir la doble integración o, en un momento dado, incluso la cuestiona. En esas poblaciones siempre está latente una reivindicación de soberanía nacional frente al estado-nación en el que se encuentran¹⁹⁹. Cuando eso sucede de hecho; es decir, cuando en estas poblaciones aparece de modo consistente un “proyecto político” de construcción nacional, nos encontramos con una primera expresión de la pluriculturalidad: el *estado plurinacional*, en el que determinados colectivos, con

¹⁹⁸ HABERMAS, J., *La inclusión del otro*, cit., p. 203.

¹⁹⁹ La intervención de la OTAN en Kosovo vino a demostrar que la efervescencia independentista había agotado su crédito y que la comunidad internacional había cerrado definitivamente las puertas al reconocimiento de nuevos procesos secesionistas. Esta realidad ha reorientado, en general, la expresión del nacionalismo hacia un nuevo contexto de reivindicación más identitario y político cultural. No obstante, las reivindicaciones de un estado propio por parte de numerosas comunidades nacionales, lejos de atemperarse se han ido agudizando en los últimos tiempos. Algunos países tienen una equilibrada relación interna entre el estado y su nación (Dinamarca, Portugal, Grecia, Japón o Suecia, por ejemplo); pero otros arrastran una compleja y tensa dialéctica plurinacional (Italia, España, Francia, Inglaterra, etc.). Cada uno de estos supuestos ofrece una problemática completamente peculiar. Desde los problemas de la regionalización italiana y la Padania del Norte, pasando por la de los de Bretones o la de los corsos en Francia, hasta la «devolución» identitaria que formalizó Tony Blair respecto de Escocia y Gales, la complejidad de la convivencia política de flamencos y valones en Bélgica; la tensión interestatal de los länder alemanes; el catalanismo político de Cataluña; las consultas secesionistas de Québec en Canadá y el movimiento separatista en el País Vasco.

asentamiento histórico en un territorio que perciben como propio, se consideran sujetos de identidades nacionales diferenciadas, cuyo tratamiento institucional excede del modelo de pluralismo liberal, basado en la no discriminación individual, y pretenden ejercitar un derecho colectivo de autodeterminación nacional²⁰⁰.

El propio término de *estado plurinacional* pone de manifiesto su tensión con el estado-nación, surgido con la pretensión de remitirse a una única identidad nacional en todo el territorio –considerado indivisible desde esa unidad nacional–, que se cimenta sobre una sustancial homogeneidad cultural²⁰¹. Aceptar, pues, la pluralidad de identidades nacionales (culturales) parece minar una de las bases sobre las que el estado-nación se asienta. ¿Cómo afrontar ese conflicto? Caben tres maneras de hacerlo: afirmar el dominio de la nación mayoritaria sobre las otras (un asimilacionismo que hoy se presenta difícilmente justificable)²⁰²; favorecer la secesión de las naciones para que cada una realice el modelo de estado-nación (algo decididamente excluido por la comunidad internacional); o aspirar a un estado que asuma coherentemente, en el respeto de los derechos de todos, su condición de plurinacional.

Aunque ya planteamos la complejidad que reviste determinar qué debe considerarse nación y qué derechos deben reconocérsele, la articulación de un estado plurinacional parece requerir, en opinión de Kymlicka, de dos presupuestos básicos: la determinación de las minorías nacionales bajo el criterio del asentamiento originario en el territorio del estado (no cabe adjudicar la categoría de minoría nacional a los grupos inmigrados) y el reconocimiento

²⁰⁰ ETXEBARRIA, X., “Estado pluricultural”, cit., p. 142-143; KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 26-41.

²⁰¹ FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y Derechos Humanos*, cit., p. 177-178.

²⁰² TOURAINE, A., *Pourrons-nous vivre ensemble?*, cit., p. 197-201. También TOURAINE, A., *Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia*, Madrid, Trotta, 1998, p. 77-79 y 82.

de derechos de autogobierno ligados a la protección “externa” de la identidad cultural diferenciada²⁰³.

3.2.2. La polietnicidad del Estado

Hay un segundo nivel de pluriculturalidad que se suscita en el estado nacional a causa del fenómeno inmigratorio; es decir, con la masiva afluencia de “extranjeros”, provistos de lengua, costumbres y cultura propias, cuya voluntad de integración o asimilación es escasa, y que puede generar una manifestación “reactiva”, con marcado carácter xenófobo, tendente a enfatizar la identidad del grupo cultural mayoritario (nacionalismo reactivo)²⁰⁴. Los ejemplos de Francia, Holanda y Alemania vienen siendo frecuentes (obligación de aprender los idiomas nacionales en periodos de tiempo tasados para renovar los permisos

²⁰³ KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 47-52. Mecanismos políticos para atender a las exigencias de autogobierno, ligadas a realidades identitarias de carácter nacional, dentro de un estado, se han planteado muchas: desde el estado autonómico, hasta el federalismo, sea simétrico o asimétrico, pasando por las confederaciones, las reservas de pueblos indígenas, los protectorados, los Estados asociados o los condominios.

²⁰⁴ El nacionalismo reactivo, suscitado por la inmigración masiva, plantea también una interesante paradoja a la legitimidad esgrimida por el estado nacional. Tildamos de *extranjeros* a quienes mantienen su condición de “no nacionales” (por propia voluntad o por imposibilidad) y, por ello, son excluidos de la deliberación y decisión pública y de la distribución equitativa de la riqueza, aunque se acepte su contribución a la producción. Esto plantea ya, como afirma Etxeberría, un grave problema moral a los estados. Dado que su legitimidad se construye desde su remisión a los derechos humanos universales, un Estado de Derecho no puede justificar que un ser humano, precisamente por el hecho de estar en su territorio, no disfrute eficazmente de estos derechos. El que los estados nacionales se constituyan como mediadores en la realización de los derechos humanos pide, por un lado, que estos sean verdaderos mediadores de cara a sus ciudadanos y, por otro, que no se margine a quienes residiendo en ese estado no son “nacionales”. En coherencia con el principio de legitimidad de los estados, los extranjeros deberían ser reconocidos como sujetos de todos los derechos y deberes de la ciudadanía (ETXEBERRIA, X., “Estado pluricultural”, cit., p. 143).

de residencia; endurecimiento injustificado de los requisitos para la adquisición de la nacionalidad de las segundas generaciones).

No obstante, cuando hablamos de polietnicidad en un estado, estamos contemplando la firme voluntad de permanencia y de descendencia de los extranjeros en el país de acogida, de modo tal que ya no se les puede considerar «huéspedes». En efecto, se trata de colectivos significativamente numerosos, agrupados en un mismo territorio, cuya cultura etno-nacional originaria (religión, lengua, instituciones familiares, costumbres, etc.) tiene una marcada diferencia respecto a la cultura de la nación de acogida y existe una voluntad explícita de mantenerla (nacionalismo étnico). En estos casos, nos encontramos ante una etnicidad “sobrevenida”, cuya convivencia en el estado puede requerir de una peculiar estructura política y organizativa²⁰⁵. La identidad etno-nacional de los inmigrantes puede suscitar un doble problema en la estructura del estado nacional: a) que esa identidad choque con las exigencias de integración política (derechos humanos y procedimentalismo democrático) que el estado-nación demanda; b) que su voluntad de mantener una cultura propia demande una implicación protectora del estado respecto a la misma (lengua, tradiciones e instituciones familiares, jurídicas, etc.)²⁰⁶.

²⁰⁵ El mundo está lleno de estas minorías étnicas que, en algunos casos, son fruto inesperado de cambios políticos traumáticos. Por ejemplo, más de dos millones de rusos han visto pasar su condición de etnia dominante a minoría en las tres exrepúblicas bálticas de Estonia, Letonia y Lituania. Es también el caso de tribus y etnias que han sufrido la opresión de los nuevos Estados surgidos de la descolonización y reivindican una vuelta a sus viejos nacionalismos fundamentalistas, tal y como surgieron en los orígenes de la lucha por la independencia (África, India, Pakistán, etc., presentan abundantes ejemplos). Pero Europa, en particular, está llena de estos casos: húngaros en Rumania, albaneses en Serbia y Montenegro, serbios en Croacia y Bosnia, turcos en Bulgaria, armenios en Azerbaiyán, polacos en Lituania, uzbekos en Tajikistán, etc.

²⁰⁶ ETXEBARRIA, X., “Estado pluricultural”, cit., pp. 143-144.

La tensión que la polietnicidad plantea al estado nacional se ventila en la respuesta que deba darse a esas cuestiones: ¿cabe exigir a los inmigrantes la doble integración política y nacional (cultural), o solo cabe exigirles la primera de ellas (por remitir a derechos-deberes universales) pero no la segunda, en la que procede reconocer las diferencias identitarias?

Partidario, con matices, de la primera opción es Kymlicka. Parte de la base de que no cabe atribuir a las minorías inmigrantes la categoría de minorías “nacionales”, concediéndoles la posibilidad de erigir una cultura separada basada exclusivamente en la peculiaridad de su lengua materna. Afirma que “la expectativa de la integración no es injusta” puesto que la inmigración supone, en cierto modo, una renuncia al derecho de vivir y trabajar en la propia cultura. El desarraigo “voluntario” supone, pues, la renuncia voluntaria a algunos derechos inherentes a la pertenencia nacional original. En todo caso, estima que la expectativa real de los inmigrantes es la integración en la sociedad de acogida. En su opinión, la identidad diferencial de los inmigrantes es perfectamente acomodable dentro del contexto cultural de la sociedad de acogida, de ahí que la integración resulte válida para responder al resurgimiento étnico, si bien esa integración debe tener un sentido bidireccional (desde la sociedad de acogida y desde los inmigrantes). Se trataría, pues, de revisar los términos de la integración de los inmigrantes (derechos poliétnicos: acomodación de calendarios festivos, bilingüismo, uniformidades, etc.), pero no de rechazarla exigiendo derechos nacionales²⁰⁷.

²⁰⁷ KYMLIKA, W., *Ciudadanía multicultural*, cit., pp. 135-144. Puesto que para Kymlicka es la voluntariedad de la inmigración lo que justifica la integración, solo la involuntariedad del desarraigo comportaría una excepción a esa regla general y permitiría la concesión de determinados derechos nacionales. En esta condición particular de involuntariedad se encontrarían los refugiados y habría que considerar el caso de los inmigrantes obligados a desarraigarse por la pobreza, situación a la que no somos ajenos los países ricos de acogida (p. 139-141)

Aceptar la segunda hipótesis supondría avalar la articulación de un estado poliétnico en el que la diversidad cultural expresada por los inmigrantes, no solo tuviera un reconocimiento diferencial sino nacional, en paridad con las minorías nacionales originarias, que pudiera fundamentar, incluso, derechos de autogobierno. Tal posibilidad, aunque desde el punto de vista teórico no resultara incoherente ni injusta (siempre que se dieran las características propias de la identidad nacional) no resulta, sin embargo, realista. Como apunta Kymlicka, hay importantes diferencias entre inmigrantes y colonos. Resulta poco realista la posibilidad de reservar territorios específicos para los inmigrantes de las mismas etnias y carece de sentido apelar al arraigo, cuando la realidad del inmigrante es precisamente la contraria (el desarraigo)²⁰⁸.

3.2.3. La pluriculturalidad frente a la “neutralidad” liberal

La respuesta, en el plano teórico, de los estados liberales al desafío de la pluriculturalidad y al reconocimiento de derechos diferenciados es la “neutralidad”. Si la exigencia de integración política puede considerarse absoluta e irrenunciable, la “neutralidad” actúa como factor diluyente de la segunda exigencia (integración nacional) y la convierte en matizable y relativa. El principio liberal básico de la no discriminación individual se vería compensado en el plano colectivo por la exigencia de igualdad de trato con independencia del grupo cultural al que se pertenezca. La no discriminación entre los grupos vendría garantizada por un igual reconocimiento de las expresiones identitarias (evitando privilegiar o fomentar alguna de ellas), pero

²⁰⁸ KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, cit., pp. 135-136.

excluyendo la aceptación de derechos diferenciados que atentarían al propio principio de igualdad que se pretende garantizar²⁰⁹.

Pese a tan pulcro planteamiento, la supuesta neutralidad predicada por el estado liberal no es en realidad una neutralidad absoluta ni incondicional; es decir, no asume verdaderamente la dimensión pluricultural. En el fondo, como afirma Etxeberría, se trata de una neutralidad «débil». Por un lado, porque sigue jugando fundamentalmente en el ámbito privado. Por otro lado, porque parte de la preponderancia de las categorías y rasgos básicos de la cultura nacional mayoritaria (lengua, historia, religión, modelo familiar, etc.) y se limita a evitar las desigualdades de trato entre el resto de los grupos²¹⁰.

La pluriculturalidad del estado pretende superar las insuficiencias de la neutralidad liberal a través del reconocimiento público de derechos diferenciales anejos a la nacionalidad y a la etnicidad, respetando no solo el principio de no discriminación de los individuos, sino también el de no discriminación entre los grupos. Y ello es así porque tanto los que constituyen una comunidad nacional como los que proclaman su diferencia étnica, necesitan para la protección de su identidad cultural algo más que el principio liberal de no discriminación personal. Necesitan poder elegir sus opciones, en el contexto de su cultura minoritaria, en igualdad de condiciones con quienes las realizan en el contexto de la mayoritaria.

En efecto, los que se consideran minorías nacionales sin estado, entienden que hay aspectos fundamentales de su cultura nacional (la lengua, la historia, la referencia al territorio, las instituciones propias, etc.) que exigen una dimensión

²⁰⁹ También cabría apelar a la oposición que el reconocimiento de derechos diferenciados supondría frente al planteamiento de la universalidad de los derechos. Una crítica a esta supuesta oposición la realiza FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y Derechos Humanos*, cit., p. 180-183.

²¹⁰ KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 136.

específicamente pública (una planificación educativa, una ordenación del territorio, una política de inmigración, etc.) que solo puede realizarse adecuadamente como consecuencia del autogobierno (en su acepción más radical entienden que debe expresarse como la soberanía política propia de un estado).

Por su parte, los grupos inmigrantes con conciencia identitaria, además de la no discriminación individual y del reconocimiento de sus derechos como ciudadanos, demandan también (y sobre todo) la no discriminación colectiva. Entienden que los estados nacionales, en los que viven y trabajan, se sustentan sobre múltiples rasgos culturales propios, enraizados en sus tradiciones, que son la base de su identidad nacional (la religión tradicional y dominante, una cierta institucionalización familiar, determinadas costumbres personales y sociales, etc.). Consideran también que estos rasgos son, de hecho, públicamente protegidos y fomentados (a través de políticas educativas, de subvenciones públicas, etc.) en detrimento de otras tradiciones. Interpretan esto como una discriminación «colectiva» hacia su religión, sus costumbres y tradiciones que están en la base de su propia identidad. Sin pretender enfrentarse a la cultura nacional, incluso aceptando que esta tenga prevalencia pública (lengua e historia), piden que también su propia cultura sea protegida con su presencia en el ámbito público (derechos poliétnicos: escuela, calendarios festivos, etc.)²¹¹.

3.3. Identidad, diversidad cultural y derechos colectivos

Kymlicka señala bien la ambigüedad que encierra el concepto de “derechos colectivos” (a los que prefiere denominar derechos diferenciados); sobre todo,

²¹¹ ETXEBARRIA, X., “Estado pluricultural”, cit., p. 143-144.

porque sugiere una falsa dicotomía con la noción de derechos individuales. No cabe realizar una simplificación conceptual, ligándolos a una titularidad y ejercicio colectivo; nada impide que sean otorgados y ejercidos por los individuos de un grupo; lo esencial estriba en su fundamento: que se trate de derechos diferenciados en función del reconocimiento de la identidad nacional de un grupo. No se trata de resucitar el viejo debate filosófico político entre individualistas y colectivistas buscando una justificación a la primacía de la comunidad sobre el individuo: no es ese el núcleo de la cuestión. Se trata de una cuestión de justicia entre grupos, cuyo respeto –incluso dentro del propio planteamiento liberal– exige reconocer derechos diferentes a quienes forman parte de grupos diferentes²¹².

La concepción “liberal”, en efecto, parte de que el origen de los derechos no está en la comunidad sino en el individuo; de ahí que encuentra el fundamento de los derechos colectivos en el derecho de todo individuo a mantener y expresar su identidad cultural, lingüística y religiosa. Es decir, también la tradición liberal más clásica (Manzini, Humboldt) entiende que la gestación de la individualidad y el desarrollo de la personalidad humana están íntimamente ligadas a la pertenencia al propio grupo nacional, debido al importante papel que la lengua y la cultura juegan en la conformación de las opciones que cada sujeto elige. En ese sentido, una sociedad liberal, basada en la igualdad de consideración y respeto hacia las legítimas opciones de vida de todos sus miembros, no puede permitir que haya ciudadanos de primera (los de la cultura dominante, cuyas opciones son privilegiadas) y ciudadanos de segunda (los de las culturas minoritarias, relegadas a opciones marginales), sino que la justicia exige aceptar un presupuesto –la pluriculturalidad– y una consecuencia: arbitrar los procedimientos políticos necesarios para que exista una igualdad en la

²¹² KYMLIKA, W., *Ciudadanía multicultural*, cit., pp. 71-76.

expresión de los diferentes modos de vida, originados en culturas diferentes. Por ello, aún desde una concepción individual de los derechos, el estado nacional se ve abocado a la pluriculturalidad y obligado a conceder relevancia pública a determinadas manifestaciones colectivas de carácter identitario. La dificultad radica, naturalmente, a la hora de delimitar e identificar lo que entendemos por identidades culturales diferenciadas.

3.3.1. La identidad cultural como presupuesto del ejercicio de las libertades

El término «cultura», en sentido débil, alude a un conjunto de costumbres que pueden atribuirse a determinados grupos cuyo carácter puede ser étnico, de edad, clases sociales, tendencia sexual, etc. Pero, en sentido fuerte, suele aludir a un conjunto de pautas de pensamiento y de conducta, que dirigen las actividades y producciones materiales y mentales de un pueblo y que permiten diferenciarlo de los demás. La cultura incluye, pues, formas de conducta, reguladas por normas y sustentadas por valores que las legitiman y hacen comprensibles, y también prácticas legitimadas e institucionalizadas, siendo la lengua el vehículo esencial de identificación y la religión el mecanismo usual de legitimación. Kymlicka la denomina “cultura societal”, e incluye en ella no solo memoria y valores compartidos, sino también instituciones y prácticas comunes (vida social, educativa, recreativa, religiosa y económica, abarcando las esferas pública y privada)²¹³. Cultura, en este sentido fuerte, vendría a identificarse como una *cosmovisión*, como un modo de concebir el sentido de la vida y de la muerte, que justifica la existencia de diferentes normas y valores morales. Se trata de una *cosmovisión*, más o menos perfilada, que una generación adulta

²¹³ KYMLIKA, W., *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 112.

quiere legar a sus descendientes; por eso las culturas son intergeneracionales²¹⁴.

¿Cuál es la razón por la cual las identidades culturales colectivas deberían ser respetadas y jurídicamente protegidas? Esta razón no se encuentra en el valor intrínseco de cada una de ellas (no todas las manifestaciones de una cultura son respetables), ni en la presunción de que todas las culturas son igualmente valiosas (el relativismo cultural no es defendible)²¹⁵. La razón se encuentra en que la identidad personal de cada individuo no es abstracta, es intersubjetiva y solo puede aquilatarse en un contexto social y cultural de pertenencia²¹⁶. Las cosmovisiones o culturas 'sociales' suponen, en palabras de Dworkin, "un léxico compartido de tradición y convención", lo cual significa que cada una de ellas proporciona al individuo el marco de libre elección de su proyecto vital (el conjunto de opciones posibles), pero además le proporciona las pautas (creencias) con las que puede enjuiciar el valor y la importancia de esas opciones. Como apunta Kymlicka, aquello que dota de sentido a la libertad individual es la participación en una cultura concreta, puesto que son las culturas las que nos ofrecen el contexto de elección que necesitamos (nadie elige en vacío o desde cero, se elige siempre con el trasfondo de un horizonte de posibilidades). Las culturas, pues, no son valiosas por sí mismas (frente a ciertas pretensiones comunitaristas) sino porque se muestran como condición de posibilidad de nuestra autorrealización. Dicho de otro modo: la capacidad de las personas de realizar elecciones significativas depende del acceso a una cultura 'social'. Los vínculos de la lengua y la cultura son particularmente fuertes y persistentes, y aun cuando las personas pueden, por supuesto,

²¹⁴ LAMO DE ESPINOSA, E., *Culturas, Estados, Ciudadanos*, cit., pp. 15-16.

²¹⁵ FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y Derechos Humanos*, cit., pp. 181-183.

²¹⁶ MARTÍNEZ-PUJLATE, A.L., "Derechos humanos e identidad cultural. Una posible conciliación entre interculturalidad y universalidad", en *Persona y Derecho*, nº38, 1998, pp. 120-127.

trasladarse de una cultura a otra, eso es algo infrecuente y muy costoso que, como apunta Rawls, a nadie puede exigirse contra su voluntad. Ciertamente, las culturas liberales han ido perdiendo elementos diferenciales e incorporando elementos compartidos con otras culturas, pero ese fenómeno (globalización) ha ido parejo, como vimos, al crecimiento del sentimiento nacionalista y a la valoración de la propia identidad y pertenencia. Ello parece una consecuencia de que el respeto y la estima que cada persona siente sobre sí misma están estrechamente vinculados a la estima que merece su cultura nacional²¹⁷.

Establecida la intrínseca vinculación de la identidad cultural con el ejercicio de la libertad, podría afirmarse el derecho a una cultura (forma de vida en común significativa para el sujeto) y se estaría legitimado para exigir sus condiciones de viabilidad en el ámbito público, no relegándolas a la esfera privada. Ese reconocimiento se concreta en la protección jurídica y en la atribución de la plenitud de la ciudadanía; esto es, en el reconocimiento de una identidad colectiva diferenciada, basada sobre el reconocimiento de derechos diferenciados. Como señala Amy Guttmann, el pleno reconocimiento de ciudadanos iguales puede requerir dos formas de respeto: a la identidad única de cada individuo, cualquiera que sea su sexo, raza o etnia y a las concepciones del mundo que son objeto de un alto aprecio por los grupos a los que se encuentran estrechamente vinculados²¹⁸.

Desde esta perspectiva, existen diferencias culturales que no pueden mantenerse y transmitirse contando solo con la protección de los derechos civiles y políticos individuales. Los derechos colectivos funcionan entonces como «protecciones externas» para los grupos étnicos, porque impiden que las instituciones del grupo se vean atropelladas por las decisiones de la mayoría.

²¹⁷ KYMLIKA, W., *Ciudadanía multicultural*, cit., pp. 122-133.

²¹⁸ GUTTMANN, A., "Introducción" en TAYLOR, Ch., *El multiculturalismo y la política de reconocimiento*, cit., p. 21.

Las protecciones externas son, pues, intergrupales, pero ¿qué sucede en el interior de los grupos étnicos? ¿Es tolerable que priven de autonomía a sus miembros? Kymlicka reconoce que los derechos colectivos tienen, sobre todo, dos límites: un grupo no puede escudarse en sus derechos como colectivo para oprimir a sus propios miembros, ni tampoco para dominar a otro grupo. Es decir, los grupos no pueden utilizar sus derechos como «restricciones internas», pretendiendo limitar la libertad de sus miembros para cuestionarse o apartarse de sus prácticas tradicionales. Se trata, pues, de articular un complejo modelo convivencial que asegure la igualdad entre los grupos, y la libertad e igualdad dentro de los grupos. Algo que, como el propio Kymlicka reconoce, se sostiene bien en un planteamiento teórico, pero no resulta fácil en la práctica²¹⁹.

La existencia de un derecho a la protección de las identidades culturales, como acertadamente señala Encarnación Fernández, comporta cuatro importantes presupuestos. Desde el punto de vista de su titularidad, se trata de un derecho humano individual y no de un derecho colectivo, aunque reviste la peculiaridad, como ya aclaraba Kimlycka, de que se ostenta en cuanto que se es miembro de una minoría cultural. Desde el punto de vista político y jurídico, carece de sentido esforzarse por mantener vivas culturas que ya no son relevantes ni significativas para nadie. La supervivencia de las culturas, como apunta Habermas, depende de la voluntad de los miembros de un grupo de querer mantener esa identidad. Desde el punto de vista contextual (intergrupal), subrayado especialmente por Touraine, igualdad y diversidad deben conciliarse desde la supremacía de la libertad del sujeto. Por último, desde la perspectiva

²¹⁹ Sin embargo, aun aceptando que no son admisibles las restricciones internas, Kymlicka entiende que no es lo mismo describir una teoría defendible de los derechos de los grupos que imponerla. En su opinión, es preferible que los liberales se acostumbren a convivir en sus países con grupos no liberales (por ejemplo, el pueblo indio), como lo hacen con grupos no liberales de otros países (KYMICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 134).

de los límites de ese derecho, resulta exigible el respeto absoluto a la dignidad de la persona (aceptando las denominadas “protecciones externas” pero rechazando las “restricciones internas”)²²⁰.

3.3.2. ¿Cómo encajar el pluralismo moral que comporta la diversidad cultural?

Kymlicka distingue tres formas de diversidad cultural con relevancia pública: la de los estados multinacionales (basada en la existencia de identidades nacionales y en la exigencia de autogobierno); la de los estados poliétnicos (basada en la existencia de etnias con cosmovisiones diversas que reivindican el derecho a mantener su cultura y su religión) y la de los grupos tradicionalmente desfavorecidos (mujeres, discapacitados, homosexuales, etc.)²²¹. De estos tres tipos de diferencias culturales, en opinión de Adela Cortina, solo el segundo grupo puede plantear problemas de acomodación de la pluriculturalidad desde el punto de vista moral. En el primer caso, las subunidades nacionales pueden compartir la misma cosmovisión, aunque se sientan naciones distintas²²². Por su parte, los grupos tradicionalmente desfavorecidos, no reclaman una «ciudadanía diferenciada», sino medidas de discriminación positiva hasta ser tratados como iguales a los demás desde su

²²⁰ FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y Derechos Humanos*, cit., pp. 185-192.

²²¹ KYMLIKA, W., *Ciudadanía multicultural*, cit., pp. 46-55.

²²² Es el caso de España, donde todas las comunidades autónomas se autocomprenden desde la cultura de la democracia liberal, que tiene en el trasfondo una raíz judía y cristiana. Comparten, pues, el sentido de la organización política, de las normas morales, incluso de la vida y la muerte. Lo que se reclama es construir de otra forma el mapa político y, en lo que se refiere a la lengua no hablada por el resto de España, derechos que arropan su mantenimiento y transmisión.

diferencia²²³. Sin embargo, las etnias con cosmovisiones distintas sí plantean, en principio, el problema de articular su convivencia con el resto de ciudadanos, porque su singularidad puede entrar en colisión con cuestiones de justicia²²⁴.

Si por «diversidad cultural» se entendiera solo diversidad de costumbres (comida, vestido, entretenimiento), acomodar las diferencias culturales, aunque llevara tiempo hacerlo, no sería más difícil que acomodar cualquier otro tipo de diferencia grupal. El problema, como bien señala Cortina, se plantea cuando interaccionan distintas cosmovisiones y cuando esas cosmovisiones comportan concepciones de justicia que entran en conflicto. El liberalismo intenta resolver la cuestión del pluralismo moral encontrando unos mínimos de justicia entre las distintas doctrinas sobre la vida buena²²⁵. Pero ¿qué sucede cuando existen discrepancias profundas entre culturas sobre cuestiones de mínimos de justicia? Por ejemplo, cuando una cultura entiende que la mujer carece de libertad para organizar su vida a diferencia del varón; o cuando una comunidad rechaza la educación pública para sus jóvenes, como es el caso de los Amish,

²²³ CORTINA, A., “Ciudadanía intercultural”, en *Glosario para una sociedad multicultural*, cit., p. 38-39.

²²⁴ “Si nos ceñimos al ejemplo de España, pueden presentarse problemas de convivencia entre una cultura democrático-liberal y las peculiaridades de la población gitana y musulmana. Dos ejemplos que destruyen la identificación de algunos autores entre minorías étnicas e inmigración: en nuestro caso, ni todos los grupos inmigrantes se identifican con una cultura distinta a la occidental -solo los musulmanes-, ni la diversidad cultural se debe solo a esos inmigrantes, sino también a indígenas tan acreditados como los gitanos. Importa puntualizar esto, porque la prensa suele unir «inmigración-multiculturalidad-delincuencia-trabajo» en una noche en que todos los gatos son pardos” (CORTINA, A., “Ciudadanía intercultural”, cit., p. 39).

²²⁵ Estos mínimos, que son en parte actuales y en parte proyecto, pueden constituir una «concepción moral de la justicia, común a distintas doctrinas comprensivas del bien» (RAWLS, J., *Liberalismo político*, Barcelona, Critica 1996) o bien una «ética mínima», compartida por las distintas «éticas de máximos» (CORTINA, A., *Ciudadanos del mundo*, Madrid, Alianza 1997). En un caso y otro intentan que los ciudadanos de una comunidad puedan construir su vida juntos, más allá de sus diferencias y peculiaridades.

a los que algunos autores consideran «ciudadanos parciales», porque renuncian voluntariamente a derechos y responsabilidades ciudadanas; o cuando la comunidad asigna a algunos de sus miembros el derecho a juzgar y castigar, y se niega a aceptar la legitimidad de los jueces externos²²⁶. ¿Qué propuestas se presentan hoy desde el liberalismo para organizar comunidades multiculturales de forma éticamente deseable y políticamente viable?

En primer lugar, aparece la propuesta del denominado “liberalismo intolerante”, bastante difundido en Europa, abanderado por Giovanni Sartori, que recela de la entrada de inmigrantes fuertemente impregnados por una cultura autóctona no liberal (sobre todo musulmanes) por entender que suponen un peligro para las convicciones occidentales. Esta posición, obviando que quienes vienen en las pateras lo hacen urgidos por la miseria, se pone en guardia frente a culturas no liberales, recordando que el pluralismo es un valor fundamental de occidente y aconsejando no tolerar la implantación de culturas no liberales²²⁷. No parece que aporte una solución ni satisfactoria ni realista.

²²⁶ El famoso asunto del velo islámico será un problema de justicia si el velo expresa inferioridad de la mujer, no si se trata solo de un símbolo religioso. Prohibir símbolos religiosos en lugares públicos, si no son expresivos de relaciones injustas, es propio de sociedades no pluralistas, sino Confesional-laicistas, como la francesa. De hecho, los Sikhs que deseaban ingresar en la Real Policía Montada del Canadá y no podían hacerlo porque su religión les prohibía prescindir del turbante, una vez reconocido el derecho a llevarlo, pudieron oficiar de policías (CORTINA, A., “Ciudadanía intercultural”, cit., p. 40).

²²⁷ SARTORI, G., *La Sociedad multiétnica*, cit., pp. 97-99. Como señala acertadamente Cortina, “este recelo se tiene solo frente al inmigrante pobre, frente al que los medios de comunicación presentan como un peligro, como fuente supuesta de delincuencia, competencia laboral e intransigencia cultural. Frente a estas expresiones de aporofobia, más justo y eficaz sería que quienes, desde una cultura occidental, están convencidos del valor de la autonomía y los derechos humanos, traten de reforzar tales convicciones entre ellos con palabras y con hechos, en vez de insistir en que hay que debilitar los valores. Si lo hicieran así, se percatarían de que lo que urge es resolver el problema de la miseria, e integrar a los que huyen de ella, dialogar

Una segunda propuesta viene planteada por Adela Cortina desde lo que denomina un liberalismo “radical-intercultural”. Es un liberalismo radical porque entiende que la autonomía de las personas es irrenunciable, que deben elegir su propia vida y, por tanto, que las restricciones internas son intolerables. Los miembros de los diversos grupos culturales deben poder conocer ofertas diversas, ponderar cuáles son las que prefieren y elegir libremente, de modo que el grupo no restrinja su libertad²²⁸. Desde esa base, evitando el recurso a los derechos colectivos, aboga por establecer un “diálogo intercultural” que descansaría sobre dos presupuestos: el respeto a las culturas (porque los individuos se identifican y estiman desde ellas), y la posibilidad de que los ciudadanos puedan discernir qué valores y costumbres merece la pena reforzar y cuáles obviar²²⁹. No son pocos los problemas que se suscitan a la hora de precisar el alcance de ese “respeto” y la identificación de las costumbres merecedoras de salvaguarda y promoción.

La tercera propuesta se ha denominado “liberalismo multiculturalista” y procede de Kymlicka quien, a diferencia de A. Cortina, considera que los problemas de acomodación de cosmovisiones diferentes afectan fundamentalmente a las minorías nacionales y no a las minorías étnicas fruto de la inmigración. En su opinión, toda cultura societal es una cultura nacional y toda nación es invariablemente una cultura societal²³⁰. Es en el seno de las minorías

con su cultura y hacer creíble con la acción que el respeto a los derechos humanos es un buen programa ético-político” (CORTINA, A., “Ciudadanía intercultural”, cit., p. 41).

²²⁸ Porque bien puede ocurrir que quienes estén interesados en mantener las diferencias culturales sean los patriarcas y los líderes, más que los miembros. Solo teniendo posibilidad de elegir es posible averiguar si una mujer prefiere aceptar el marido que otros le procuran, no trabajar fuera del hogar, vivir pendiente del varón. De ahí que no se pueda permitir en modo alguno que los grupos culturales coarten la libertad de sus miembros, de lo que solo se beneficiarían los poderosos (CORTINA, A., “Ciudadanía intercultural”, cit., p. 42).

²²⁹ CORTINA, A., “Ciudadanía intercultural”, cit., pp. 42-43.

²³⁰ KYMLIKA, W., *Ciudadanía multicultural*, cit., p.117.

nacionales donde pueden albergarse prácticas no congruentes con los principios liberales de justicia (restricciones internas) que pretendan ser amparadas en función de la identidad cultural diferenciada reconocida por un derecho colectivo (protecciones externas). Cuando eso se produce, Kymlicka piensa que el objetivo de las culturas liberales mayoritarias no debería ser disolver las culturas societales no liberales, sino más bien tratar de liberalizarlas, aun cuando esto no sea posible en todos los casos. No debería olvidarse, en su opinión, que todas las naciones liberales tuvieron pasados no liberales y que su liberalización exigió un prolongado proceso de reforma institucional. En consecuencia, como regla general, estima que no debería impedirse que naciones iliberales mantengan su cultura societal, sino promover su liberalización²³¹.

¿Cómo puede y debe fomentarse ese objetivo? Para Kymlicka hay que profundizar en el verdadero concepto liberal de tolerancia, siempre ligado a la autonomía. Hay que construir una correcta teoría de los derechos de minorías sobre el respeto a los principios liberales de autonomía, libertad e igualdad. Pero hay que descartar el derecho automático de los liberales a imponer sus puntos de vista a las minorías no liberales. Las reformas liberales no deben basarse en la coerción sino en los incentivos: ventajas económicas, aceptación de acuerdos y tratados internacionales, etc.²³².

3.4. Pluriculturalidad y ciudadanía

La aceptación de la pluriculturalidad (multinacionalidad y polietnicidad) dentro de los estados exige una revisión de la teoría liberal clásica de la ciudadanía en el intento de ir construyendo un nuevo concepto de ciudadanía pluricultural,

²³¹ *Ibíd.*, p. 134-135.

²³² KYMLIKA, W., *Ciudadanía multicultural*, cit., pp. 211-237.

que se propone como alternativa al secesionismo y presupuesto de un auténtico estado pluricultural.

La ciudadanía es a la vez un concepto descriptivo, que identifica a quiénes se considera miembros de pleno derecho de una comunidad política, y un concepto normativo, que contiene las dimensiones de lo que debería ser un verdadero ciudadano. Atendiendo a la tradición liberal y republicana, el ciudadano es sujeto de derechos civiles y políticos (lo que tiene su raíz en el *polites* griego y en el *civis* latino); pero también de derechos económicos, sociales y culturales, como reconoce el concepto de ciudadanía social, acuñado por Marshall a mediados del siglo XX y que es hoy el concepto canónico. El ciudadano es entonces —o debería ser— su propio señor junto a sus iguales en la comunidad política. Para lo cual, como recuerda Adela Cortina, es necesario añadir a las dimensiones civil, política y social, al menos otras dos: *la económica* (ha de participar en las decisiones sobre qué se produce, qué se consume, para qué y quiénes lo hacen) y *la cultural*, es decir, las instituciones y el *ethos* de la comunidad han de garantizar que los ciudadanos de distintas culturas sean tratados con igual consideración y respeto. Sobre esta última exigencia hay que plantear la construcción del estado pluricultural, cimentado sobre la noción de una ciudadanía pluricultural²³³.

Se pueden reconocer dos propuestas fundamentales en la construcción teórica de un modelo de estado pluricultural, superador del estado nacional: una propuesta “débil” basada en un concepto de ciudadanía que no pivote sobre la identidad nacional y otra propuesta “fuerte”, basada en la componente nacional y en la articulación de una auténtica ciudadanía diferenciada.

²³³ CORTINA, A., “Ciudadanía intercultural”, cit., p.36.

3.4.1. Pluriculturalidad y ciudadanía cosmopolita

La primera de las propuestas tiene por fundamento lo que Habermas, recogiendo la propuesta de Adorno, denomina «patriotismo constitucional». Habermas actualiza la solución liberal-republicana, manteniendo el principio de una ciudadanía uniforme pero dissociada radicalmente de la nacionalidad. Plantea una «ciudadanía postmoderna o cosmopolita» en la que se mantiene la integración política, pero reducida a su aspecto puramente jurídico. De manera sintética viene a decir lo siguiente: Hay que desligar lo que está unido en el estado nacional: la cultura política común (la que remite a los derechos humanos) de la cultura nacional mayoritaria. La primera no puede ser expresión de una particularidad nacional (tener sentido excluyente), sino que debe expresarse como lealtad a un conjunto de principios y procedimientos democráticos que animan las instituciones y que están plasmados en la Constitución (tiene sentido inclusivo y abierto). Con este presupuesto, la cultura mayoritaria nacional pasa a ser una subcultura entre las diversas subculturas presentes (por ejemplo, las de los colectivos inmigrantes o las de las minorías nacionales). Su existencia y la del resto está protegida por los principios constitucionales. Pero esa protección no se plasma a través del reconocimiento de un inexistente derecho colectivo a la propia identidad; solo se asegura garantizando que coexistan en igualdad formas de vida diferentes, cuyo único punto de unión es el respeto a la cultura política común. Cada una de esas formas de vida evolucionarán en función de las adhesiones libres, críticas y creativas de los ciudadanos o de su rechazo igualmente libre. Los estados así definidos serán de este modo postnacionales y el “patriotismo constitucional” expresa la integración política común que une a los ciudadanos. Todo individuo que se encuentre en un Estado de Derecho, cualquiera que sea, debe

adherirse a un sistema determinado de valores y principios. Se trata de «un patriotismo abstracto, referido a procesos y principios abstractos»²³⁴.

Este pretendido reconocimiento igualitario de todas las culturas particulares, sustentado sobre el respeto a los derechos humanos, resulta teóricamente muy atractivo, pero parece difícilmente aplicable en las actuales condiciones de la humanidad. Se han señalado acertadamente cuatro ángulos problemáticos en la propuesta.

En primer lugar, parece presuponer la existencia de un procedimentalismo justo que podría universalizarse por encima de las particularidades propias de cada cultura. Pero el mismo Habermas reconoce que las producciones humanas no funcionan así. Afirma que el patriotismo constitucional aparece siempre éticamente (étnicamente) modelado, siendo expresión de una particular forma de vida y no mero reflejo del universalismo de los derechos. Bastaría, pues, con que este “modelado” tuviera una cierta relevancia para que la distinción entre cultura política común y cultura nacional mayoritaria resultara muy debilitada²³⁵.

En segundo lugar, desde el presupuesto de la igualación de las culturas, se hace difícil de justificar una política de control de la inmigración (por ejemplo, en forma de cupos), que el propio Habermas acepta. Los principios de la cultura política común impedirían privilegiar a un inmigrante andaluz que quiere ir a Madrid sobre un inmigrante marroquí que también lo quiere. La exclusión de la nacionalidad del ámbito público reclamaría iguales derechos de

²³⁴ HABERMAS, J., *Identidades nacionales y posnacionales*, Madrid, Tecnos 1989, p. 238. Vid. también, HABERMAS, J., *La inclusión del otro*, cit.; HABERMAS, J., *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000.

²³⁵ ETXEBARRIA, X., “Estado pluricultural”, cit., p. 145.

inmigración para todos en todas partes y no parece que esto sea un planteamiento realista en el actual contexto internacional²³⁶.

En tercer lugar, las fronteras de los estados, construidas con criterios de nacionalidad, dejarían de tener sentido. En efecto, carecería de sentido que una minoría nacional reivindicara la soberanía política, pero también carecería de sentido que esa soberanía sea reivindicada por los actuales estados que se sustentan sobre las mayorías nacionales presentes en ellos. Habermas lo tiene de algún modo presente cuando subraya la arbitrariedad de las actuales fronteras y pide que se avance hacia federaciones de Estados (como en el caso europeo)²³⁷. Pero no podemos olvidar que estas federaciones se sustentan también sobre una cultura particular compartida por los estados que las forman (cabría considerar la Federación como un estado plurinacional); por ello, la lógica de la propuesta de Habermas apunta hacia la construcción de un Estado mundial, pero tal pretensión, hoy día, resulta extremadamente problemática²³⁸.

En cuarto lugar, la propuesta no permite aclarar qué aspectos de las culturas coexistentes requieren una manifestación igualitaria en el ámbito público y qué tipo de protección se les debe otorgar. Por ejemplo: ¿En qué lengua o lenguas se debe hablar en la Administración pública o enseñar en las escuelas? ¿Qué calendario festivo debe regir en el estado? ¿Qué relatos históricos deben ser enseñados? ¿Qué organización territorial debe implantarse?, etc. En las actuales condiciones parece inevitable que las culturas nacionales tengan una cierta preferencia en estos ámbitos (es difícil pensar que en las escuelas públicas de un estado que seguimos llamando «alemán» la cultura turca o italiana —o la de otros grupos inmigrantes significativos— deban tener la

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ HABERMAS, J., *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, cit., pp. 121-124.

²³⁸ ETXEBARRIA, X., “Estado pluricultural”, cit., p. 146.

misma relevancia que la cultura alemana, siempre que así lo reclamen). De igual modo, resulta muy difícil imaginar una escuela en la que no haya más referencia que la cultura política común. En definitiva, no parece verosímil la separación entre culturas nacionales y políticas públicas de protección específica²³⁹.

Más allá de las dificultades señaladas, la propuesta de Habermas contiene un elemento indispensable en la gestión política de la pluriculturalidad: el presupuesto irrenunciable de la igualdad y del respeto a todos los seres humanos en su condición de tales. Sin embargo, la modulación cultural de dicho reconocimiento parece indispensable. Como ha puesto de relieve Schnapper, la identidad política implica un lazo afectivo con la cultura y valores de una sociedad concreta. Por ello, plantea la necesidad de salvaguardar al mismo tiempo “el valor de la dignidad del individuo, consagrado por la ciudadanía, y la necesidad que tiene este individuo-ciudadano de ser plenamente reconocido en la autenticidad de su cultura»²⁴⁰.

3.4.2. Pluriculturalidad y ciudadanía diferenciada

La importancia de concebir una ciudadanía no disociada de la nacionalidad y modulada en función del pluralismo cultural, ha sido desarrollada por Charles Taylor y, fundamentalmente, por Will Kymlicka que ha dado sus credenciales al concepto de «ciudadanía diferenciada». Se trata de plantear una nueva organización política y social, que podría denominarse, en sentido estricto, un “estado pluricultural”, capaz de conciliar la igualdad de los ciudadanos y la libertad de los individuos, propias de toda sociedad democrática, con el reconocimiento institucional de las especificidades culturales.

²³⁹ *Ibid.*, p. 145.

²⁴⁰ SCHNAPPER, D., *La relation à l'Autre*, París, Gallimard 1998, p.481-482.

La propuesta de Kymlicka, al igual que la de Taylor²⁴¹, da plena carta de naturaleza a la existencia de “derechos colectivos” (diferenciados). Su planteamiento teórico parte del presupuesto liberal y universalizable de la autonomía individual como valor de referencia indiscutible. Sin embargo, entiende Kymlicka que las “culturas nacionales” se encuentran entre las más significativas para la mayoría de los individuos; que estas son el contexto de expresión auténtica de las libertades individuales y que precisan un nivel de autogobierno relevante para mantenerse. En consecuencia, resulta coherente afirmar la existencia de un derecho colectivo a las culturas nacionales y a su correspondiente autogobierno desde el que se protegen y desarrollan²⁴².

Con este substrato teórico, Kymlicka preconiza un reconocimiento público de las diversas identidades culturales bajo dos condiciones, no fáciles de garantizar: a) que la sociedad no degenera en un estallido de entidades yuxtapuestas y cerradas; b) que no reprima la libertad del individuo obligándolo a formar parte de un grupo determinado. Salvaguardadas esas dos precauciones, la ciudadanía deja de ser “común” y se convierte en “diferenciada” a través de los derechos colectivos que varían en función de la «naturaleza» de las colectividades concernidas: derechos de autogobierno para las comunidades nacionales (constituyen el núcleo de la ciudadanía

²⁴¹ Taylor parte de la complejidad de las identidades y apunta el doble presupuesto liberal y multicultural afirmando que «una sociedad verdaderamente libre es una sociedad donde las identidades complejas puedan dilatarse. Esto significa, por una parte, que la identidad política no trate de reprimir la diferencia y limitar su presencia en el espacio público y, por otra parte, que las comunidades particulares no intenten monopolizar la vida de sus miembros». El modelo político para consagrar la diferencia puede revestir formas variadas: federalismo, regionalización, descentralización, autonomía local, etc. «Es tiempo -afirma- de reconocer que pueden existir diversas maneras de integrarse a la totalidad». En su opinión, las identidades complejas pueden reforzar el compromiso político y la vida democrática (TAYLOR, Ch., *Argumentos filosóficos*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 27 y ss.).

²⁴² KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, cit., pp. 112-133.

diferenciada) y derechos poliétnicos y de representación para los grupos étnicos.

Kymlicka propone abordar sin reparos la secesión como una opción válida para las minorías nacionales y no como una catástrofe que debe evitarse siempre. No obstante, reconoce que facilitar a cada nación que se constituya en estado nacional resultaría muchas veces imposible y muchas otras no deseable o excesivamente traumático (hay más naciones que estados posibles); por ello apuesta por mantener la unidad constituyendo estados federales, en el sentido fuerte del término, con un carácter inequívocamente multinacional. Se trataría de un acuerdo federal (mediador entre los extremos del secesionismo de las diversas naciones y el asimilacionismo de la nación mayoritaria) que, por un lado, reconociera un importante grado de autogobierno a las subunidades nacionales y, por otro, reconociera que la federación es un pacto entre grupos nacionales iguales, por tanto, revocable, en condiciones que deben ser también pactadas. Las bases de la unidad social y política en el estado multinacional provendrían de lo que denomina “identidad compartida” o conciencia de que el gobierno general del estado es el contexto en el que se reafirma cada identidad y no al que se subordina. Este concepto habría que completarlo con el de “diversidad profunda” propuesto por Taylor, para permitir acomodar no solo culturas diversas sino también maneras diversas de vinculación al estado de los miembros de esas culturas en función de su concepción del estado²⁴³.

El propio Kymlicka admite la enorme dificultad del modelo, no solo a la hora de conseguir el consenso político por parte de todos, sino a la hora de establecer un marco territorial para las naciones. Los sentimientos identitarios, en efecto, no suelen tener fronteras precisas y hacen muy difícil su delimitación espacial, en particular, en países como Canadá o España en los que subunidades de

²⁴³ KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, cit., pp. 248-263.

base nacional se mezclan con subunidades de base territorial (lo que ha dado lugar a la polémica propuesta de un federalismo asimétrico). No obstante, a pesar de las dificultades, el acuerdo federal se presenta como el modelo político más acorde con el respeto a pluriculturalidad nacional y a la autonomía de los individuos.

Esta propuesta de ciudadanía diferenciada presenta una peculiaridad: la relevancia de la “cultura nacional” pero no considera tan significativa la pluriculturalidad originada por la inmigración, para la que asume prácticamente la propuesta de Habermas, planteando una integración de los inmigrantes en la “cultura política común” y estableciendo los mecanismos de protección para las especificidades culturales²⁴⁴. Algunos consideran que una distinción tan marcada entre minorías nacionales y colectivos inmigrantes no es muy razonable en la verdadera gestión de la pluriculturalidad; que la integración política que exige a estos es excesivamente nacional y “fuerte” y que el reconocimiento y protección de las especificidades culturales de los colectivos inmigrantes frente a los nacionales es muy “débil”²⁴⁵. Ciertamente, la propuesta presenta evidentes zonas de discusión; sin embargo y por el momento, constituye una excelente base para la superación de las aporías del estado nacional y la construcción del estado pluricultural.

²⁴⁴ No obstante, el modo concreto en que Kymlicka plantea esa integración parece ir algo más allá de los “principios abstractos” del patriotismo constitucional, solicitando también su integración en las instituciones propias de las culturales nacionales, acordes siempre con los planteamientos democráticos y liberales. Junto a esto plantea también la asunción por parte del país receptor de determinados aportes de la cultura inmigrante, de modo tal que cuando los inmigrantes se integren en ella lo hagan no en algo absolutamente ajeno, sino en algo ya enriquecido por ellos (KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 242-248).

²⁴⁵ ETXEBARRIA, X., “Estado pluricultural”, cit., p. 146-147.

4. EL CONCEPTO DE 'DERECHOS COLECTIVOS'

Lo que acabamos de exponer nos lleva de lleno al problema filosófico y jurídico de los derechos colectivos, que ha producido una abundantísima bibliografía en el ámbito del Derecho internacional, del Derecho interno, y también en la Filosofía del Derecho. Además, el tema ha trascendido a la práctica del Derecho y tanto la jurisprudencia interna de los Estados, como la específica de la Corte Internacional de Justicia (como veremos con detalle más adelante) también ha aportado elementos a la hora de configurarlo y delimitarlo en relación con sus titulares y con su ejercicio.

Nuestra pretensión aquí no es analizar críticamente todo ese material (desbordaría por completo este trabajo porque resulta casi inabarcable) sino exponer los puntos esenciales del problema subrayando aquellos aspectos que pueden considerarse más consolidados. A nuestro juicio, la monografía del profesor López Calera *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y Socialidad en la teoría de los derechos*²⁴⁶, contiene todas las claves intelectuales que rodean la cuestión y establece todos esos elementos que nos servirán de substrato para perfilar el objeto específico de nuestro análisis: el carácter colectivo del derecho de autodeterminación.

En esa obra, López Calera plantea cuatro categorías de problemas no resueltos que todavía hoy se proyectan sobre el concepto de derechos colectivos, y que él denomina los problemas de las “cuatro fundamentaciones”²⁴⁷.

²⁴⁶ LOPEZ CALERA, N., *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y Socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel 2000.

²⁴⁷ *Ibíd.*, p. 23-29.

1ª. La fundamentación de *la entidad* de los sujetos colectivos: ¿qué clase de sujetos son los denominados 'colectivos', cuando su sustancia no es sino una trama de relaciones entre individuos con una 'estructura organizativa'? ¿Cómo demostrar su existencia? ¿Son ficciones políticas o jurídicas, o son auténticas realidades? Es el problema ontológico-conceptual.

2ª. La fundamentación de la *actividad moral* de los sujetos colectivos. ¿Puede hablarse de los sujetos colectivos como sujetos morales, esto es, de sujetos con libertad y responsabilidad propias? ¿Se puede hablar de responsabilidad colectiva para que se pueda hablar también de 'derechos colectivos'? ¿Cómo actúan moral, política y jurídicamente las colectividades? ¿Cómo pueden ejercerse derechos por alguien que no es sino una trama de relaciones interindividuales? Es el problema moral.

3ª. La fundamentación de los derechos morales colectivos, *no definidos por un orden jurídico positivo*. Que hay colectividades que tienen atribuidos legalmente determinados derechos es algo que no se discute. Pero ¿se puede hablar de derechos colectivos (fundamentales o humanos) que no están reconocidos por las leyes? Es el problema filosófico-jurídico.

4ª. La fundamentación de la jerarquización de las *preferencias morales y políticas* de los individuos y los grupos. ¿Pueden ser las colectividades superiores a los individuos? ¿Es posible una síntesis entre la individualidad y la socialidad de los seres humanos? ¿Son superiores, diferentes o complementarios los derechos colectivos en relación con los derechos individuales? ¿Se pueden sacrificar los derechos individuales para beneficiar los derechos colectivos? Es el problema ontológico-dialéctico.

Estas cuatro fundamentaciones encierran decenas de cuestiones o preguntas que exigirían decenas de argumentaciones enormemente sofisticadas o complejas que no es posible abordar aquí. En todo caso, aun aportando las más consolidadas razones para ello, las cuestiones suscitadas por estas 'cuatro fundamentaciones, impiden hablar de un concepto definitivo y unánimemente compartido de los derechos colectivos, cuya conceptualización, fundamentación y ordenación aún tiene mucho camino por recorrer.

Aquí, como ya hemos advertido, intentaremos ofrecer una síntesis de los aspectos más consolidados relativos al tema, sin pretender agotarlo ni monopolizarlo. Tan solo lo abordamos en tanto que marco de referencia para delimitar mejor el derecho de libre determinación.

4.1. Algunas precisiones conceptuales

Siguiendo al profesor Peces Barba, en primer lugar, conviene distinguir entre derechos colectivos en general y derechos colectivos fundamentales. Existen, en efecto, derechos colectivos en el ámbito privado, que corresponden a sociedades civiles o mercantiles o a cualquier otro sujeto colectivo y que no tienen el carácter de fundamentales, puesto que su finalidad es la defensa de intereses patrimoniales o simplemente del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad colectiva del sujeto de que se trate. Desde el Derecho romano aparecen ya como una categoría básica de la dimensión iusprivatista del Derecho. Cuando hablamos de derechos colectivos nos estamos refiriendo, propiamente, a los que se sitúan en el ámbito de los derechos humanos; es

decir, solo aquellos derechos básicos que tienen como destinatario o como titular a sujetos colectivos²⁴⁸.

En segundo lugar, hay que distinguir también derechos colectivos de competencias. Efectivamente, a veces se utiliza de manera equivocada el concepto 'derecho' cuando nos estamos refiriendo a competencias atribuidas a un determinado órgano. Suele hablarse, por ejemplo, de derechos del Parlamento o del Gobierno, cuando en realidad se trata de competencias. En ese sentido, se habla del derecho a la potestad legislativa, y se dice que los tribunales invaden ese derecho, cuando en realidad nos estamos refiriendo a una competencia que habilita para mandar, y crear normas en un determinado ámbito, para establecer los contenidos de fuerza que se pueden mandar, los límites y los destinatarios. Cuando se trata de 'competencias, estamos ante una cuestión organizativa y de creación de normas, aunque en muchos casos se trate de competencias para defender, garantizar y positivizar derechos. En el caso de los derechos colectivos, no hablamos de competencias de órganos, sino de algo relacionado, en última instancia, con la idea de dignidad humana; es decir, que estamos ante pretensiones morales cuya justificación y fundamento es la idea de dignidad humana, puesto que se sitúan en el contexto de los derechos humanos²⁴⁹.

En tercer lugar, no son derechos colectivos los que aparecen con el proceso de especificación de los derechos, que comprende los derechos de personas situadas y concretas. Es verdad que los titulares de determinados derechos básicos se identifican por pertenecer a un colectivo –mujeres, menores, ancianos, minusválidos o consumidores-, pero estamos ante derechos individuales situados en un colectivo, donde este marca los límites de la

²⁴⁸ PECES BARBA, G., "Los derechos colectivos", en ANSUÁTEGUI J. (coord.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 34.

²⁴⁹ *Ibíd.*, p. 35.

titularidad, pero no es un sujeto colectivo, ni expresa una voluntad colectiva. Hay colectivos de mujeres y de mayores, pero las mujeres o los mayores no son sujetos colectivos²⁵⁰.

Finalmente, tampoco son derechos colectivos aquellas pretensiones morales o aquellas reivindicaciones políticas que, aunque sean razonables y estén justificadas, no caben en la estructura normativa del *deber ser* jurídico, y solo se pueden construir como pretensiones morales de contenido político. Es, por ejemplo, el caso del derecho a la Paz, o del derecho al desarrollo, que pretenden convertir esos grandes ideales de la humanidad, sentidos por todos, en derechos, por el prestigio y el éxito histórico de nuestro concepto²⁵¹.

4.2. El debate filosófico individualidad-socialidad

En opinión del profesor López Calera, el concepto de derechos colectivos plantea una vieja cuestión (ontológica) de la filosofía política: la relación entre la

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ Solo pueden tener el carácter de derechos fundamentales, en plenitud, “aquellos que son susceptibles de ser incorporados al Derecho positivo, es decir, positivizados por las normas que crean Derecho en el ámbito interno y en el internacional, la Constitución, las leyes, la jurisprudencia ordinaria o constitucional, los tratados y convenios internacionales, y el Derecho internacional general. Además, en el proceso de positivación se acredita que esas pretensiones morales son juridificables, es decir, susceptibles de incorporarse con los requisitos técnicos que identifican a los derechos fundamentales como derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades. Estas son las estructuras en que se construyen los derechos fundamentales en el Derecho positivo, y el ajuste en una de sus formas es otra prueba que deben superar los candidatos. Esta regla vale naturalmente para los derechos colectivos. Finalmente, esos derechos tienen que ser generalmente eficaces y susceptibles de ser restablecidos en caso de violación. Eso supone que no pueden ser una utopía irrealizable, bien porque no haya medios para llevarlos a la práctica o bien porque no existen instituciones, normalmente judiciales, para apoyar la aplicación de los derechos y evitar la desobediencia y la violación de los mismos. En el primer caso estamos ante la situación de imposibilidad por escasez, por falta de medios económicos, o por imposible generalización”. (*Ibid.*, p. 36).

dimensión individual y la dimensión social del ser humano; es decir, el problema de establecer la primacía del individuo o de la comunidad. Clásicos del pensamiento político, como Aristóteles, Vitoria, Rousseau, Hegel, Fichte o Marx, han desarrollado conocidas doctrinas favorables a la socialidad humana, justificando, más o menos explícitamente, una primacía de la dimensión social de la persona. Desde finales del siglo XIX, sin embargo, el debate ideológico y el conflicto político entre las doctrinas individualistas y las doctrinas 'socializantes' han sido una constante, que no se ha zanjado a pesar de la crisis profunda de los socialismos, cuyo testigo, desde una óptica ideológica diferente, lo recogieron a partir de mitad del siglo XX las doctrinas 'comunitaristas'²⁵².

López Calera entiende que una teoría razonable de los derechos colectivos depende de la resolución, en lo posible, de la dialéctica individualidad-socialidad, partiendo de que ambas, individualidad y socialidad, son formas constitutivas o dimensiones reales del ser humano, porque son permanentes y constatables en la experiencia humana. Ciertamente, lo primario realmente existente es lo individual-concreto, el 'yo individual', entendido como sustancia que física y racionalmente está individuada (no divisible en sí salvo por su destrucción o muerte y separada de otras similares). La individuación humana tiene, ante todo, una dimensión material, porque se constituye por un cuerpo material, que es un organismo que realiza funciones complejas y que tiene la posibilidad ontológica (no siempre funcional) de pensar y diseñar su propio destino. En definitiva, si no se parte de esta concepción primaria del yo, resulta imposible entender el sentido de los derechos colectivos²⁵³.

²⁵² LOPEZ CALERA, N., *¿Hay derechos colectivos?*, cit., p. 31,

²⁵³ *Ibíd.*, p. 32.

Y, en efecto, partiendo de este presupuesto ontológico, tal y como afirma el individualismo liberal, los derechos colectivos no pueden tener más sentido último que el de servir a los derechos individuales. En ese sentido, López Calera asume la tesis liberal de que los derechos colectivos se justifican para garantizar los derechos individuales. No habría derechos colectivos –afirma– sin sujetos individuales, sin la existencia de individuos racionales y libres. Si no preexistieran los sujetos individuales, no existirían los sujetos colectivos. Es absurdo pensar que haya pueblos o naciones allí donde no hay unos sujetos individuales que los constituyan y los afirmen²⁵⁴.

Sin embargo, López Calera también constata que lo individual no es lo único humano existente. La realidad humana no termina en los límites de lo ‘individual-concreto’. El ser humano no existe solo para sí mismo sin trascender su propia individualidad. El individuo no se expresa solo en primera persona, por el ‘yo’ que habla (individualidad), ni se dirige a otros solo con el singular del ‘tú’ o del ‘él’. El ser humano habla en la forma del plural ‘nosotros’, ‘vosotros’ o ‘ellos’, porque existe no solo como individuo, sino como parte de un sujeto plural (nosotros, vosotros y ellos) que necesita también hablar, comunicarse. El individualismo más riguroso no puede negar que cada individuo concreto no puede vivir o sobrevivir, ni entenderse o concebirse si no es bajo la aceptación y el respeto de la vida social, de la vida colectiva. Como lo demuestra el hecho de que hay realidades humanas que no pueden identificarse absolutamente con lo individual. La filiación, el amor, la amistad, el lenguaje, la solidaridad, el afecto a una historia común, la ilusión de compartir una vida, son hechos de la experiencia humana que no pueden ser ignorados, si no se quiere destruir una parte importante de la propia identidad individual. Todo ese tipo de relaciones y de ‘encuentros’ entre individuos genera formas de vida, instituciones, reglas,

²⁵⁴ *Ibidem*.

finés e intereses compartidos etc., realidades complejas que son las que constituyen la trama de los entes colectivos²⁵⁵.

La socialidad humana, afirma López Calera, como dimensión real e irrefutable del ser humano produce en cada individuo unos efectos que se pueden llamar 'colectivos'. Esos resultados o efectos se presentan como valores, intereses y fines que solamente pueden afirmarse o realizarse desde la existencia de las colectividades como titulares de esos valores, intereses y fines que no son, en principio, individuales. Así pues, la protección y desarrollo de ciertas formas de vida, manifestadas como entes colectivos, puede (y debe) servir a la realización de los individuos que co-existen y con-viven, ya que sin ese respeto y protección tales individuos no podrían comprenderse ni realizarse²⁵⁶.

Pero las colectividades no deben entenderse, por supuesto, como superiores en términos absolutos a los individuos que las componen, como tampoco la individualidad es el absoluto, porque ello provocaría el horizonte hobbesiano de una guerra de todos contra todos. La socialidad no niega la individualidad. El individuo (la persona) es el que dota de sentido a toda colectividad. Sin embargo, siempre habrá conflictos entre la individualidad y la socialidad. Recuerda López Calera la tesis kantiana sobre la "ungesellige Geselligkeit", según la cual no podemos soportar a los demás, pero tampoco podemos prescindir de los demás. La tesis kantiana puede volverse también del revés y presentarse como la "sociable insocialidad" (*gesellige Ungeselligkeit*) del ser humano. Los desencuentros y los conflictos existen porque no hay una sola colectividad, ni dentro de cada colectividad hay un consenso unánime para desarrollar sus dinámicas, sobre todo cuando los grupos son complejos. En las colectividades complejas, las unanimidades no suelen existir, o son falsas o

²⁵⁵ *Ibíd.*, p. 33.

²⁵⁶ *Ibíd.*, p. 36.

falsificadas. Por eso hay conflictos entre derechos colectivos y derechos individuales (derecho a la seguridad del Estado *versus* derecho a la información) y entre los propios derechos colectivos entre sí (conflictos entre Estados). El ser humano necesita tanto de lo social que a veces le da una cierta prioridad sobre su estricta individualidad, pero precisamente para implementarla. Incluso la socialidad puede comportar 'negaciones' de la individualidad, pero nunca la negación de la individualidad en sí²⁵⁷.

4.3. Teorías justificadoras de los derechos colectivos

La teoría de los derechos colectivos de Will Kymlicka, cuya sustancia se contiene en su famosa obra *Ciudadanía multicultural*, a la que ya hemos aludido, hay que enmarcarla en el contexto ideológico de un liberalismo moderno, que se ha hecho consciente de la necesidad de atender a los problemas de las minorías dentro de sociedades complejas y multiculturales, como sucede en Canadá, y en no pocos de los Estados actuales. Kymlicka ha desarrollado una fundamentación liberal de los derechos colectivos. Es decir, acepta como primarios los derechos individuales porque los ciudadanos tienen un interés en su autonomía, pero reconoce los derechos colectivos porque pueden constituir condiciones necesarias para la autonomía individual. Algunos derechos colectivos, como la protección de las culturas de determinados grupos, son una exigencia del liberalismo²⁵⁸.

Kymlicka utiliza el argumento *comunitarista* de que los seres humanos no son "átomos aislados" y que la pertenencia a un grupo cultural es un bien, un presupuesto indispensable para que las decisiones de los individuos entre las

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 37.

²⁵⁸ FREEMAN, M., "Are there Collective Human Rights?", en *Political Studies*, 1995, XLII, p. 35

opciones posibles se realicen con sentido y sustenten su propia autoestima. Los liberales clásicos se equivocaron al no dar importancia a la pertenencia a un grupo cultural como factor importante del bienestar individual. El liberalismo sabe perfectamente que no basta afirmar los derechos individuales, civiles y políticos, para dar sentido a existencia plena de un sujeto; en consecuencia, - afirma Kymlicka- la existencia de derechos diferenciados en función del grupo al que se pertenece constituye una exigencia razonable para dotar de sentido a la vida de quienes la fundamentan en filosofías o visiones del mundo diversas e incluso opuestas²⁵⁹.

Hay datos sociológicos que el liberalismo no puede ignorar, como es que los individuos viven en grupos sociales y que los grupos sociales determinan de alguna manera la personalidad individual y los intereses individuales. Como subraya Kymlicka, la protección y la realización de los intereses del grupo constituyen una parte importante de la realización de los intereses individuales. Por otra parte, en una sociedad compleja, donde no son posibles las unanimidades, siempre habrá mayorías y minorías, esto es, habrá individuos que no estén integrados en el grupo que forma la mayoría y que reivindicarán autonomía y diferencia por la importancia que asignan a su pertenencia a grupos nacionales, étnicos, lingüísticos, religiosos etc.

En este sentido, para Kymlicka resulta fundamental “la pertenencia a una cultura nacional” o el derecho de las minorías a mantener sus “culturas societarias”. Solo a través de una cultura societaria las personas pueden acceder a una gama de opciones plenas de significado. Desde este presupuesto cabría afirmar que los grupos nacionales tienen, *prima facie*, un derecho a la autodeterminación, que no debe confundirse con un derecho a ser

²⁵⁹ KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 269.

propriadamente un Estado independiente. La igualdad exige que los ciudadanos tengan acceso a una cultura y muchas culturas solo pueden fortalecerse si se reconocen derechos al grupo, con los derechos colectivos²⁶⁰.

La dificultad surge en cómo conciliar los derechos de los grupos con los principios del Estado liberal (igualdad de derechos civiles y políticos de cada ciudadano y neutralidad estatal respecto a las opciones culturales). Para Kymlicka este problema se genera debido a una confrontación habitual respecto al significado del término derechos colectivos (*groups rights*). Para sus defensores, estos derechos significan un '*supplementing individual rights*'. Para los críticos, en cambio, significan un '*restricting individual rights*' que amenaza los valores democrático-liberales²⁶¹.

Kymlicka no ofrece una definición acabada de los derechos colectivos, sino una definición funcional-descriptiva, sosteniendo que caben dos significados importantes del concepto: pueden referirse al derecho que tiene un grupo para limitar la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad del grupo o de la pureza cultural ('restricciones internas'); o bien, pueden aludir al derecho de un grupo a limitar el poder político y económico ejercido sobre dicho grupo por la sociedad de la que forma parte, con el objeto de asegurar que los recursos y las instituciones de que depende la minoría no sean vulnerables a las decisiones de la mayoría ('protecciones externas')²⁶².

²⁶⁰ KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 58. También vid., ID., "Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal", en R.DEL AGUILA y F. VALLESPÍN (ed.), *La democracia en sus textos*, Alianza, Madrid, 1998, p. 434-435.

²⁶¹ KYMLICKA, W., "Liberalism and Minority Rights. An Interview", en *Ratio Juris*, vol.12, nº.2 (1999) p.136. Traducción al español en "*Claves*", nº 97, noviembre 1999, pp. 43-52.

²⁶² KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 20.

En otras palabras, cabe concebir dos clases de derechos colectivos y, consecuentemente, dos clases diferentes de conflictos: por un lado, los derechos del grupo mayoritario (nación, Estado) frente a los grupos menores (minorías u otras naciones o pueblos menores) y frente a los individuos concretos que forman parte de esos grupos; y, por otra parte, los derechos de los grupos minoritarios y de los individuos frente al grupo mayoritario. Las llamadas 'restricciones internas' protegen al grupo frente a la disidencia interna; es decir, los derechos colectivos se invocan para evitar la desintegración interna. Las llamadas 'protecciones externas' pretenden defender a una colectividad frente a otra de similar entidad, como serían los casos de los Estados plurinacionales, en los que coexisten diversos pueblos o naciones. En la mayoría de los Estados occidentales las minorías nacionales exigen, ante todo, protecciones externas (como es el caso de los quebequenses en Canadá)²⁶³.

La tesis de Kymlicka es que los derechos colectivos son compatibles con los principios liberales: "las reivindicaciones de los grupos étnicos y nacionales son compatibles con los principios liberales de libertad individual y justicia social"²⁶⁴. La existencia de derechos individuales y derechos colectivos no debe llevar a la conclusión de que son incompatibles. Es más, muchos de los derechos individuales no podrían tener una realización adecuada si no es en un contexto social y jurídico-político que reconozca y respete los derechos colectivos. Así pues, en los Estados actuales: "para que el liberalismo tenga alguna opción de implantarse en esos países (democracias emergentes) habrá de abordar explícitamente las necesidades y aspiraciones de las minorías étnicas y nacionales"²⁶⁵.

²⁶³ *Ibíd.*, p. 58

²⁶⁴ *Ibíd.*, p. 265.

²⁶⁵ *Ibíd.*, p. 267.

Como era de esperar, las posiciones de Kymlicka han sido criticadas desde el liberalismo cosmopolita, representado por Waldron²⁶⁶, para quien los derechos colectivos no se pueden justificar por la necesidad de los individuos de dar sentido o significado a sus opciones y elecciones vitales relevantes. Desde una concepción cosmopolita de las opciones individuales con sentido, Waldron afirma que la diversidad y el mestizaje son hoy el destino de la mayoría de la gente²⁶⁷. El cosmopolita puede vivir en San Francisco, tener ascendencia irlandesa, aprender español, tomar comida china, vestir trajes hechos en Corea, oír arias de Verdi cantadas por una princesa maorí en un equipo de música japonés, seguir la política ucraniana y practicar técnicas de meditación budista. Lo real es la 'heterogeneidad cultural' (*cultural heterogeneity*) por lo que las opciones con sentido se hacen a partir de una inmensa variedad de materiales culturales²⁶⁸. Para Waldron, las culturas y los pueblos, los entes colectivos, no son productos naturales, son un 'sueño' que carece por completo de realidad. La supuesta necesidad de pertenecer a grupos culturales homogéneos para tomar decisiones con sentido carece de todo fundamento y debería tratarse con la misma precaución que las fantasías individualistas que se apoyan en el mito del 'estado de naturaleza': pueden ser útiles como hipótesis para un propósito teórico, pero pueden resultar muy engañosas desde una perspectiva diferente (discriminar en la concesión de derechos)²⁶⁹.

Una segunda fundamentación teórica de los derechos colectivos, esta vez desde una perspectiva no liberal, es la realizada por Joseph Raz en su obra

²⁶⁶ WALDRON, J., "Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative", en W.KYMLICKA, (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, University Press, 1996.

²⁶⁷ WALDRON, J., "Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative", .cit., p. 114

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 107.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 110.

The Morality of Freedom (1988)²⁷⁰. El análisis de Raz está formulado desde una posición crítica hacia el liberalismo, aunque reconoce algunos de sus postulados. Como señala el profesor López Calera, aunque Raz no se propuso elaborar una teoría de los derechos colectivos, en esta obra sí apunta elementos importantes para abonar lo que cabría denominar “una teoría moderadamente colectivista de los derechos colectivos”²⁷¹.

Raz afirma que no deberíamos tener reticencias teóricas respecto del concepto de derechos colectivos. A su juicio, las tesis liberales y utilitaristas entienden el papel de los derechos como primacía de los intereses individuales frente al bien general. Puesto que el liberalismo asume como doctrina moral el individualismo, Raz, concluye que para esta concepción solo los seres humanos individuales, sus situaciones, sus vidas, pueden ser intrínsecamente valiosos. Así pues, para el liberalismo el fundamento moral de cualquier concepción política tiene que ser el respeto de la autonomía individual; es decir, el respeto de los derechos individuales²⁷².

Raz no duda en reconocer que la autonomía individual es un valor último, sin embargo, matiza mucho el concepto de autonomía (basado en una concepción ‘revisionista’ de la libertad) que es lo que le permite compatibilizarlo con la existencia de los derechos colectivos. En su visión, la libertad es un valor vinculado íntimamente con otros valores. La libertad no puede existir por sí misma ya que está necesariamente relacionada con las instituciones sociales. Sería erróneo identificar la autonomía con el simple derecho a no ser coaccionado. Hay otros bienes que contribuyen a hacer posible la autonomía. Y en este sentido, solo la posibilidad de acceso a muchos bienes colectivos

²⁷⁰ RAZ, J., *The morality of freedom*, Clarendon, Oxford University Press, 1988, pp. 17-19

²⁷¹ LOPEZ CALERA, N., *¿Hay derechos colectivos?...*, cit., p. 69

²⁷² RAZ, J., *The morality of freedom*, cit., p. 20.

determina la posibilidad real de autonomía. En definitiva, la libertad individual no podría alcanzarse sin los bienes colectivos²⁷³.

Raz apela a lo que denomina “el aspecto colectivo de los derechos liberales”; es decir, la afirmación de que la autonomía personal depende de la existencia y respeto de bienes colectivos. En efecto, las libertades económicas no se pueden entender sin un mercado libre, que es una institución social normativa y que no consiste solo en derechos individuales sino en un conjunto de prácticas organizadas que se protegen. La libertad de expresión solo puede ser explicada desde la protección de unos bienes colectivos: el intercambio libre de información entendido como interés público para proteger el carácter democrático de una sociedad. La libertad de prensa disfruta de algunos privilegios, porque de ella dependen bienes colectivos. En negativo: hay aspectos colectivos en las discriminaciones que están basadas en motivos religiosos, étnicos o raciales, incluso sexuales, que están asociadas con la pertenencia a grupos con una cultura propia y distinta²⁷⁴.

²⁷³ *Ibíd.*, p. 207-209. Raz pone un ejemplo que sigue siendo muy expresivo, aunque hoy pueda resultar obsoleto en cuanto al nombre de la persona que alude. Dice que Arafat tiene sin duda un interés en la autodeterminación del pueblo palestino. Arafat tiene un interés en vivir en una comunidad en la que se le permita expresarse en público y poder desarrollar aspectos de su personalidad sin coacciones, sobre todo aspectos de su personalidad que están ligados a su sentido de la identidad como miembro de una comunidad. Pero está claro que Arafat no tiene un derecho a la autodeterminación palestina. La autodeterminación palestina es un bien colectivo, que impone exigencias a otras comunidades, pero el interés de Arafat no justifica su derecho a imponer deberes a esas otras comunidades, ya que los intereses en cuestión son los intereses de los individuos como miembros de un grupo en relación con un bien público y el derecho es un derecho a ese bien público porque sirve a sus intereses como miembros de un grupo. Finalmente, ningún interés de un solo miembro de ese grupo respecto a ese bien público es suficiente por sí mismo para justificar que a otra persona tenga que someterse a un deber". No obstante, Raz reconoce que hay bienes colectivos sobre los que ningún grupo tiene derechos colectivos (*Ibíd.*, p. 210)

²⁷⁴ *Ibíd.*, p. 254-257.

En definitiva, Raz sostiene que los derechos colectivos solo se justifican cuando sirven a los intereses de los individuos. Desde esta perspectiva afirma que los intereses colectivos son una forma de hablar, una forma de atender a los intereses individuales que surgen de la pertenencia de los individuos a las comunidades²⁷⁵. La noción de derechos colectivos se presentaría así como una 'extensión analógica' de la idea más familiar de los derechos individuales, pero rompiendo el discurso tradicional de los derechos ligado al individualismo moral. En todo caso, como señala López Calera, en su argumentación Raz no identifica ninguna regla que establezca las prioridades en caso de conflicto²⁷⁶.

4.4. El problema de los sujetos colectivos

La polémica doctrinal sobre la existencia de los derechos colectivos adquiere una mayor intensidad cuando se afronta el problema de sus titulares. En principio, desde una perspectiva sociológica y jurídica, es posible hablar de la existencia de sujetos colectivos. Las naciones, los pueblos, las universidades, los partidos políticos, las familias, las sociedades anónimas, los sindicatos son sujetos colectivos perfectamente identificables. Es cierto que lo real-empírico son los individuos. Sin sujetos individuales no es posible concebir sujetos colectivos. Pero también es cierto que, en todos los lenguajes, se alude a 'sujetos colectivos' con una semántica propia y diferente de la que se tiene para los sujetos individuales sin que nos estemos refiriendo a puras fantasías o imaginaciones.

¿Qué son realmente los sujetos colectivos? La cuestión es complicada, porque todavía hoy mantenemos una concepción antropológica que tiende a negar

²⁷⁵ *Ibíd.*, p. 208.

²⁷⁶ LOPEZ CALERA, N., *¿Hay derechos colectivos?...*, cit., p. 81.

cualquier titularidad de derechos subjetivos a todo lo que no sea una persona. De ahí que el problema de los sujetos colectivos está directamente relacionado con lo que entendamos como sujeto de derechos, bien sea desde una *teoría del interés* (entonces deberíamos determinar si las comunidades tienen intereses distintos de los miembros que las componen y, en consecuencia generan derechos específicos), o bien desde la *teoría de la voluntad* (entonces lo que se plantearía sería el problema de si una comunidad tiene voluntad propia, por encima y más allá de la de los individuos que la componen)²⁷⁷.

Sociológicamente resulta innegable la existencia de sujetos colectivos que tienen una personalidad diferenciada de los individuos que los componen. Los Estados, las naciones, los pueblos, las regiones, las organizaciones internacionales, los ayuntamientos, las universidades, las iglesias, los sindicatos, los partidos políticos, las minorías, las familias, las sociedades mercantiles etc. son tenidos como sujetos diferenciados de sus miembros. En las relaciones sociales, además de las personas físicas individuales, están los sujetos colectivos.

La doctrina clásica siempre afirmó que nadie que no sea un 'actor moral' puede ostentar en realidad un derecho. Por otro lado, tampoco tendría sentido hablar de un sujeto individual que tuviera un derecho colectivo. Así pues, solo cabe hablar de una titularidad 'colectiva' de los derechos 'colectivos'; esto es: los grupos sociales, colectividades, sociedades, comunidades, personas jurídicas etc., constituyen conjuntos de individuos que pueden tener intereses en cuanto que colectividad; es decir, que pueden tener pretensiones o derechos colectivos. No se puede cuestionar la existencia de sujetos colectivos que reivindicar derechos. Y no son entes-ficción. La experiencia política muestra

²⁷⁷ CRUZ PARCERO, J.A., "Sobre el concepto de derechos colectivos", en *Revista Internacional de Filosofía Política* 112 (1998), p. 101-108.

que las colectividades hacen reivindicaciones políticas, económicas, jurídicas, etc. Los conflictos internacionales son, sobre todo, aunque no solamente, conflictos entre sujetos colectivos (Estados, naciones, pueblos, etnias, etc.). Esto sucede a diferencia de la vida política interna de los Estados, cuya trama suele estar más determinada por los conflictos entre individuos. Los grupos pueden ser sujetos de derechos de igual forma que pueden ser parte de un conflicto potencial. En un contexto moral, un grupo puede reclamar un derecho a otro como cuando las colonias norteamericanas reclamaron el derecho a separarse de Gran Bretaña²⁷⁸.

Habitualmente consideramos que el titular de los derechos colectivos es un sujeto 'colectivo'; es decir, un grupo de individuos en el que pueden distinguirse los intereses y voluntades individuales de cada uno de sus miembros, de aquellos que son propios del grupo en cuanto tal. Es decir, se parte de la consideración de que el grupo es 'algo más' que la mera suma de las individualidades que lo componen; o dicho de otro modo, que el grupo no puede ser reducido a sus miembros²⁷⁹. La cuestión fundamental radica en aquí en determinar si los grupos, los entes colectivos pueden ser titulares de derechos subjetivos en la misma medida en que lo son los individuos.

4.4.1. Algunos presupuestos básicos

En un análisis más bien referido al ámbito interno del Estado, el profesor Peces Barba afirma que los 'sujetos colectivos' deben poseer capacidad jurídica y capacidad de obrar. No se puede entender la existencia de un sujeto destinatario de derechos básicos sin personalidad jurídica. En todo caso, si no

²⁷⁸ LOPEZ CALERA, N., *¿Hay derechos colectivos?...*, cit., p. 92.

²⁷⁹ Entre otros, LAPORTA, F., "Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para el debate", *DOXA*, nº 6 (1989): 45.

la tuvieran no podrían ser titulares de derechos en plenitud. En este sentido, aquellos entes colectivos que carecen de personalidad jurídica, también carecen de representación institucional, por lo cual se manifiestan a través de portavoces espontáneos o autodesignados, lo que favorece la confusión, la indefinición y la manipulación de esos colectivos, estables o coyunturales.

Una cosa es que los sujetos colectivos puedan defender intereses difusos, donde pueden estar implicados derechos fundamentales, y otra cosa bien diferente es que los propios sujetos colectivos sean difusos, tengan perfiles poco definidos, ámbitos inestables de actuación y dificultades para establecer y difundir, con garantía, la manifestación de su voluntad. Estas situaciones impiden que los sujetos colectivos se sitúen en posición de ser auténticos titulares de derechos y de defenderlos en caso de violación. ¿Cómo se puede garantizar que quienes se atribuyen la representación de un colectivo expresen realmente la voluntad de este? Cuando una organización nacionalista vasca, por ejemplo, se atribuye la representación del pueblo vasco y pretende exponer sus reivindicaciones, ¿lo está haciendo desde un punto de vista jurídico, imprescindible para situarse en el ámbito de los derechos? ¿Los hinchas ultras representan la voluntad un club de fútbol cuando se manifiestan ruidosamente? Parece que no. Sobre todo, porque en ambos casos hay normas que permiten identificar a quienes ostentan su representación jurídica: el Gobierno y el Parlamento vasco en su caso, y el Presidente y la Junta Directiva del equipo en el otro²⁸⁰.

Todo lo anterior lleva a la conclusión de que los sujetos colectivos solo existen si están regulados por el Derecho, al menos a los efectos de poder ser titulares de derechos fundamentales. Por razones de seguridad jurídica, uno de los valores superiores, el Derecho, debe establecer el 'status' de los sujetos

²⁸⁰ PECES BARBA, G., "Los derechos colectivos", cit., p. 36

colectivos, sus procedimientos internos, la forma de elección de sus órganos de gobierno, la forma de control de los mismos, quién ostenta la representación del sujeto colectivo...; en definitiva, todos los elementos que nos permitan considerar la existencia del sujeto colectivo y situarle como posible titular de un derecho fundamental²⁸¹.

No obstante, resulta evidente que existen muchos colectivos o grupos que carecen de esa institucionalización y que, en general, no pueden reivindicar la titularidad de derechos fundamentales, aunque intervengan en ese debate con pretensiones morales y políticas, más o menos juridificables, lo que nos sitúa en un terreno movedizo e inseguro que todavía hoy no ha sido bien demarcado.

Todo este planteamiento resulta pertinente cuando por 'colectivo' entendemos cualquier suma de individuos que constituyen entidades supraindividuales. Y, desde esa perspectiva jurídico-positiva, todos los Estados atribuyen derechos a 'personas jurídicas' compuestas por más de un individuo: municipios, sociedades, el propio Estado... Y en el Derecho internacional son los Estados los principales sujetos de derechos. De todos modos, la noción de derechos colectivos plantea problemas específicos cuando la idea de 'colectivo' ya no contempla a asociaciones o entidades con personalidad jurídica, sino a grupos humanos sin organización y representación unitaria. Es decir, cuando nos referimos a 'pueblos' y no a Estados; o a 'familias', 'minorías' o 'comunidades' y no a entidades o sociedades estructuradas²⁸².

²⁸¹ *Ibid.*, p. 38-39.

²⁸² GUIBERNAU, M., *Los nacionalismos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 115-130

4.4.2. Sujetos colectivos y su representación institucional

En efecto, la titularidad de los derechos colectivos cobra relevancia respecto a grupos humanos difusos y no institucionalizados, sin una coherencia interna y sin una autoridad que les permita actuar como una sola persona, como un bloque con representación institucionalizada y con capacidad jurídica y de obrar en el ámbito interno o internacional. En esos casos, cuando nos situamos en una perspectiva jurídico-positiva, el Derecho internacional suele identificar a esos colectivos como los 'pueblos'. El problema se plantea a la hora de determinar cómo pueden esas entidades hacer valer esos derechos, cuando resulta difícil (o imposible) constituir una representación institucional de sus titulares; no obstante, a esas entidades se les reconoce como titulares de derechos cuya naturaleza es colectiva. He ahí la razón por la cual las Naciones Unidas impulsaron el reconocimiento de los 'movimientos de liberación' como representación unitaria y legítima de los pueblos coloniales para poder ejercitar el derecho a la autodeterminación en nombre de sus titulares.

En efecto, como señala López Calera, en el caso de los derechos morales colectivos el gran problema es cómo saber quiénes son o qué entidad tienen determinadas colectividades para reivindicar derechos humanos, derechos fundamentales que no están en las leyes positivas. En definitiva, no existe un estatuto epistemológico, universalmente aceptado, para certificar quiénes son y quiénes no son, o cuáles son los sujetos colectivos. Por lo tanto, las reivindicaciones de derechos morales colectivos (derecho a la autodeterminación, a la soberanía, a ser un Estado, por ejemplo) nunca estarán exentos de conflictos teóricos y prácticos muy graves. En realidad, acaba siendo la práctica política, entendida como correlación de fuerzas o consenso político entre los Estados, la que determina la calificación de un ente colectivo como sujeto de derechos morales y políticos fundamentales. Así, por ejemplo,

hoy nadie discutiría la existencia de un sujeto colectivo llamado 'pueblo palestino' que reivindica derechos fundamentales (morales) que todavía no tienen reconocimiento pleno en el orden jurídico internacional. Pero en todo caso, siempre será complejo a nivel teórico y conflictivo a nivel práctico constatar la existencia de un sujeto colectivo legitimado para reclamar derechos fundamentales. Evidentemente los sujetos colectivos ya reconocidos política y jurídicamente no plantean ese problema a la hora de reivindicar derechos morales colectivos²⁸³.

Y, por supuesto, tanto en el caso de los sujetos colectivos reconocidos como en el caso de los que luchan por su reconocimiento hay otro problema de especial gravedad, que es cómo se manifiestan, cómo se expresan, cómo actúan; en pocas palabras, quiénes los representan legítimamente. Las naciones, los pueblos, las minorías, etc., esto es, los sujetos colectivos no son entes de carne y hueso. No tienen cabeza para pensar ni boca para hablar. Pero, si se afirman como sujetos con derechos y deberes, es porque hay que reconocerles que tienen, de una manera analógica pero real, algún género de razón y de voluntad. Las colectividades tienen sus ideas y tienen sus deseos, que no coinciden siempre con las ideas y los deseos de todos sus miembros en tanto que individuos. No procede plantearse aquí la compleja cuestión de si tiene sentido hablar de razón y voluntad en los entes colectivos. El problema radica en cómo se expresan las razones y los deseos de las colectividades y, en definitiva, cómo los sujetos colectivos ejercen sus derechos.

La respuesta, en principio, parece simple: los sujetos colectivos se expresan, en relación con sus derechos, por medio de representantes. Cualquier teoría de los derechos colectivos ha de reconocer que tales derechos no existirían si unos determinados sujetos individuales (los representantes del grupo) no los

²⁸³ LOPEZ CALERA, N., *¿Hay derechos colectivos?...*, cit., p. 106.

formularan, no los expresaran, no los reivindicaran y, en consecuencia, no procuraran su ejercicio. Sin representantes no puede haber un razonable y efectivo ejercicio de los derechos colectivos. Para López Calera, el ejercicio de los derechos colectivos está absolutamente vinculado y condicionado a la representación de los sujetos colectivos. Sin representantes, los sujetos colectivos quedarían reducidos a entes de ficción. Sin ‘portavoces’ legítimos, sin representantes autorizados que hablen en su nombre, los sujetos colectivos carecerían de toda virtualidad²⁸⁴.

He ahí uno de los escollos con los que, más allá de su justificación teórica, han tenido que lidiar los derechos colectivos: cómo legitimar una representación auténtica del grupo; es decir, cómo asegurar que quienes se erigen en portavoces de los sujetos colectivos efectivamente los representan y cómo garantizar que aquello que dicen corresponde a lo que esos grupos piensan y quieren realmente. Para el profesor López Calera, este es el problema central de los derechos colectivos, que los introduce dentro del otro gran problema de la teoría política, que es el fenómeno de la representación. La mayor o menor complejidad de los sujetos colectivos determina que el fenómeno de la representación se haga más o menos problemático. “No es lo mismo representar los derechos de una familia que los derechos de una nación. Que lo colectivo hable por medio de lo individual engendrará siempre esa indudable esquizofrenia que acompaña a toda representación compleja. Nunca se sabe con absoluta certeza si lo que dice el individuo representante (o los individuos representantes) es lo que dice la colectividad o simplemente se trata de una interpretación desfigurada, deformada o falsa, sin entrar en los motivos, de lo que es el contenido real de la razón y voluntad de un ente colectivo”²⁸⁵.

²⁸⁴ *Ibíd.*, p. 109.

²⁸⁵ *Ibíd.*, p. 113.

Con relación al problema de la representación, López Calera realiza dos matizaciones. La primera es que no hay representación legítima sin que exista un mínimo grado de organización en el grupo. Es decir, resulta perfectamente razonable que no pueda acreditarse la existencia de un verdadero sujeto colectivo, con derechos y poderes legítimos, si no existe una 'estructura organizativa' que lo represente. La segunda matización, que considera obvia, es que la representación del grupo sea democrática²⁸⁶. En definitiva, sin una mínima estructura y una representación democrática no cabe hablar de sujetos colectivos que pretendan la titularidad de derechos colectivos.

4.4.3. ¿Titularidad colectiva de derechos fundamentales?

Para el profesor Pérez Luño, que representa a toda una importante línea de pensamiento en la filosofía del Derecho, la idea de que pueda existir un sujeto colectivo en el ámbito de los derechos humanos resulta absolutamente infundada y absurda, solo imputable a una preocupante falta de precisión y claridad terminológica en este terreno. A su juicio, pese a que suele ser habitual, el uso de las expresiones 'derechos colectivos' o 'derechos individuales', constituye un paradigma de ambigüedad y equivocidad, como si existieran facultades o bienes individuales o colectivos conformadores de tales derechos. Los derechos humanos, según afirma Pérez Luño, expresan exclusivamente poderes, inmunidades, pretensiones, prestaciones, controles... Por tanto, afirmar que existen formas de titularidad individuales o colectivas de los derechos supone un sinsentido. Los entes colectivos podrán ser sujetos titulares de cualquier tipo de derechos en el plano internacional e interno, pero

²⁸⁶ *Ibíd.*, p. 115.

nunca de derechos humanos. Solo los individuos pueden ser titulares de derechos humanos²⁸⁷.

Como consecuencia de lo anterior, Pérez Luño sostiene que el verdadero sentido del derecho a la libre determinación de los pueblos proclamado en los textos de la ONU no equivale, en modo alguno, a consagrar un 'derecho humano de los pueblos'. Al respecto realiza las siguientes precisiones:

1ª) Que, en el texto básico y emblemático de reconocimiento de derechos humanos por parte de la ONU, la Declaración Universal de 1948, no aparece mención alguna a los derechos humanos de los pueblos, ni de ningún otro ente colectivo, quedando circunscrita la titularidad de los derechos humanos a los sujetos individuales.

2ª) Que la invocación que hacen la Carta y los Pactos Internacionales de 1966 al derecho de libre determinación de los pueblos debe ser entendida y contextualizada en el ámbito del compromiso descolonizador de la ONU, que reconoce desde su fundación que la persistencia de formas coloniales constituye una injusticia y una amenaza para la paz internacional y asume la tarea de abolirlas. Su inclusión en los Pactos obedece a la convicción de que las situaciones coloniales constituyen una negación en masa de los derechos de los individuos sometidos a esos sistemas políticos. Por eso la libre determinación de los pueblos constituye una condición política para el ejercicio de los derechos humanos individuales, pero en sí misma no es un derecho humano.

3ª) Que el Derecho internacional moderno ha tenido como sujeto principal (en muchos momentos, casi exclusivo) a los Estados, admitiendo también como sujetos a otros entes colectivos (organizaciones internacionales,

²⁸⁷ PÉREZ LUÑO, A.E., "Diez tesis sobre la titularidad los derechos humanos", cit., p. 91.

iglesias, ONG). Así pues, aunque en el Derecho internacional la subjetividad colectiva es la regla, la dirección hacia la que se orienta es el paulatino reconocimiento de la subjetividad internacional individual²⁸⁸.

Pérez Luño entiende que el reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos puede considerarse legítimo, siempre que de ello no se pretenda inferir que los pueblos, como sujeto colectivo, tienen derechos humanos. Esta última pretensión –según afirma– “guarda cierta analogía con aquellas tesis que aducen determinados fragmentos kantianos dirigidos a una decidida reivindicación de la autonomía, la identidad y los signos peculiares de cada personalidad, para interpretarlos en clave nacionalista. Tal dirección hermenéutica había penetrado y estimulado las categorías que informaron la filosofía romántica y fueron soporte de algunos postulados nacionalistas. Esa lectura kantiana en clave nacionalista entraña el error hermenéutico de confundir la autonomía moral de la persona individual, fundamento de sus derechos humanos con la autodeterminación de los pueblos y de las naciones. La interpretación nacionalista de Kant incurre, por tanto, en una inaceptable hipóstasis que transmuta postulados morales y jurídicos en pretensiones políticas”²⁸⁹.

En esa misma línea se pronuncia Ferrajoli²⁹⁰, partiendo de la distinción esencial entre derechos *fundamentales* (universales, indisponibles e inalienables) y derechos *patrimoniales* (singulares o excluyentes, disponibles y alienables). A partir de aquí, plantea la existencia de otros derechos, que no encajan en ninguna de esas dos categorías, y alude a los derechos colectivos o ‘comunitarios’²⁹¹. Entre ellos cita la autodeterminación de los pueblos, pero no

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 87.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 88.

²⁹⁰ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 46-48.

²⁹¹ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 365.

entendida como el derecho a constituirse en Estado o derecho a la secesión, sino en el sentido de un derecho a la “autonomía local en el máximo número de funciones públicas”, cuyo contenido exigiría el nivel necesario de autonomía política para “disponer de las propias riquezas y recursos naturales y no ser privados de los propios medios de subsistencia”²⁹². En definitiva, Ferrajoli concibe la autodeterminación como un derecho complejo, integrado por un derecho político de autonomía, un derecho económico a disfrutar y explotar los propios recursos y un derecho social a gozar de los medios de subsistencia²⁹³.

Entender la autodeterminación como ‘derecho a la secesión’ resultaría autodestructivo desde un punto de vista práctico, porque entrañaría, en sí misma, un inevitable ejercicio *ad infinitum* de ese supuesto derecho: siempre cabría encontrar en la minoría que lleva a cabo la secesión otra minoría que querría realizarla contra la antigua minoría que ahora ya se ha convertido en mayoría²⁹⁴.

No obstante, desde el punto de vista teórico, para Ferrajoli, resulta imposible calificar la autodeterminación como un derecho fundamental porque resulta imposible otorgarle un carácter universal²⁹⁵. Y señala como principal escollo la definición del sujeto titular. Aun admitiendo que podamos concretar quiénes son un ‘pueblo’ (o una minoría) –no estando claro lo que cabe entender por estos conceptos–, sería imposible generalizar este derecho en favor de todos los ‘pueblos’, ya que el mismo criterio de identificación podría reivindicarse por las minorías que conviven dentro de él y que solo podrían gozar de ese

²⁹² *Ibid.*, p. 361.

²⁹³ *Ibid.*, p. 365.

²⁹⁴ FERRAJOLI, L., *Garantismo penal*, México, UNAM 2006, p. 122.

²⁹⁵ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 22.

derecho contraponiéndolo al reivindicado (o ejercido) por el pueblo mayoritario²⁹⁶.

Concluye Ferrajoli que esta imposible universalización es extensible a todos los derechos de las minorías y, en general, a todos los derechos denominados como 'colectivos', sean culturales, políticos o económicos. En la medida en que tales derechos no puedan configurarse como derechos del individuo, no pueden tener, de ninguna manera, carácter universal ni, por consiguiente, pueden calificarse como derechos fundamentales²⁹⁷.

Así pues, Ferrajoli impugna para la autodeterminación el carácter de fundamental, por su falta de universalidad y por la inconsistencia de la categoría de sujetos colectivos de derechos fundamentales.

En una línea completamente opuesta, el profesor López Calera entiende que no es posible negar la existencia de derechos colectivos cuya titularidad sea de sujetos colectivos; al menos, en el Derecho internacional. Baste para ello acudir a los textos y documentos internacionales que así lo consagran. Como razón de fondo para explicar este hecho paradójico, apunta a que el orden jurídico internacional se ha constituido, como tal, por y para 'sujetos colectivos'. Los Estados, que son sujetos colectivos, son los sujetos del Derecho internacional por antonomasia, y el ordenamiento jurídico internacional se ocupa, básicamente, de regular derechos y deberes colectivos. Luego, al menos en este ámbito jurídico, los derechos colectivos no serían una invención doctrinal interesada o inconsistente, sino un hecho jurídico perfectamente delimitado e incluso conceptualizado. El Derecho internacional, según López Calera, en el nivel de los principios, de los pactos e incluso de las normas, está lleno de referencias a los derechos colectivos, porque habla de los derechos (y de los

²⁹⁶ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 360.

²⁹⁷ *Ibíd.*, p. 362.

deberes) de los Estados. Incluso habla también de otros sujetos colectivos (pueblos o naciones que no son Estados), si bien ya no con la extensión y con el rigor con que trata de los Estados y de sus derechos²⁹⁸.

Acepta López Calera que una de las dificultades conceptuales y prácticas más fuertes para concebir la autodeterminación como derecho colectivo y para la construcción del propio concepto de derechos colectivos radica en la complejidad de definir los conceptos de 'nación' y 'pueblo' en tanto que titulares del mismo. Y la dificultad para identificar la autodeterminación como un derecho humano radica igualmente en la falta de su reconocimiento como tal en la *Declaración Universal* de 1948 (tampoco en la Convención Europea) y por la enorme ambigüedad y vaguedad de la Carta al configurarlo impidiendo expresarlo en términos jurídicos como un auténtico derecho. He ahí la base de su inconsistencia conceptual y de su falta de legitimación política en la actualidad²⁹⁹.

Sin embargo, buena parte de la doctrina internacionalista reconoce que los derechos colectivos son algo más que un principio en el Derecho internacional. Así ha sucedido con la autodeterminación, que tuvo origen en un principio político, pero que luego, poco a poco, se ha ido transformando en un auténtico derecho por vía consuetudinaria y vía convencional. En Derecho internacional, los principios se apoyan inicialmente en los hechos y, a veces, incluso van contra la 'legalidad', pero al final acaban siendo aceptados y asumidos en la legalidad. En efecto, la libre determinación de los pueblos apareció como principio director de la política internacional a partir de la I Guerra Mundial, pero, sobre todo, después de la II Guerra mundial (con la aparición de la ONU), fue cuando ese principio se transformó en un auténtico derecho colectivo, a

²⁹⁸ LOPEZ CALERA, N., *¿Hay derechos colectivos?...*, cit., p. 45 (apoyándose en BARBERIS, J.A., *Los sujetos del derecho internacional actual*, Madrid, Tecnos 1984).

²⁹⁹ *Ibíd.*, p. 57-58.

través de los textos de la Carta, de las resoluciones de la Asamblea General y de los Pactos internacionales³⁰⁰.

¿Qué alcance jurídico y político se puede dar a esos documentos internacionales? Para quienes son críticos con los derechos colectivos, son textos que responden a coordenadas históricas determinadas, que constituyeron una especie de 'legitimación coyuntural' del derecho colectivo a la autodeterminación. Sin embargo, no parece justificado sostener que en la naturaleza de los derechos básicos (aunque sean colectivos) pueda estar el ser circunstanciados, es decir, reconocidos solamente por y para un momento histórico excepcional, como fue la descolonización, o para pueblos sometidos a dictaduras o regímenes militares. Porque, como bien sabemos, el contenido de tales derechos está siempre conectado con la dignidad de los seres humanos; o sea que hacen referencia a la vida y a la libertad de grupos amplios de seres humanos, y se trata de valores que no pueden considerarse relativos o coyunturales, que solo tendrían sentido en un tiempo determinado; más aún cuando todavía hoy la supervivencia y la libertad de pueblos, grupos étnicos o minorías siguen amenazadas por poderes totalitarios al estilo del que ejercían las antiguas metrópolis³⁰¹.

López Calera, califica el derecho a la libre determinación como un *derecho colectivo-paradigma*, en el que se dan cita todas las cuestiones clave que se suscitan alrededor de los derechos colectivos. Su indeterminación se debe, entre otros motivos, a que se inserta en un orden jurídico internacional, que es un orden escasamente formalizado y con fuertes condicionantes políticos, en el que resulta muy difícil concretar los contenidos de sus principios más fundamentales. Además, la sociedad internacional tiene una dinámica muy

³⁰⁰ *Ibíd.*, p. 59.

³⁰¹ *Ibíd.* p. 64.

cambiante y esto facilita la continua aparición de nuevos sujetos. La propia dinámica de la sociedad internacional desborda casi siempre al Derecho internacional y eso dificulta determinar derechos de esta naturaleza y a sus titulares. Habrá que reconocer que este concepto, dentro de este ámbito internacional, sigue metido en un pozo de indefiniciones y de imprecisiones, como sucede con todo el Derecho público. No obstante, insiste en que las indefiniciones e imprecisiones del concepto no pueden ser motivo para negar los derechos colectivos, porque también el mundo jurídico en general está lleno de conceptos y valores indeterminados, imprecisos y abstractos, en relación con los derechos individuales y no por ello se concluye que no existen los derechos individuales. En definitiva, que, en relación con los derechos colectivos (y con la titularidad colectiva de los mismos), no cabe negarlos ni absolutizarlos³⁰².

5. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Más allá de los perfiles, peculiaridades y problemas teóricos y prácticos que comporta la categoría de derechos colectivos; más allá de la dificultad de identificar a sujetos colectivos o de acreditar su legítima representación; más allá de constatar el hecho pluriculturalidad y la necesidad de preservar el ámbito cultural, religioso, lingüístico, de referencia de grupos o comunidades de personas, la pregunta esencial que aquí hemos pretendido responder es la siguiente: ¿Existe un derecho a autodeterminarse para preservar identidades sociales específicas? La respuesta, a nuestro juicio, es clara: sí existe ese derecho, pero es dudoso que pueda calificarse como un derecho humano, porque no es un derecho universal incondicional, absoluto e inalienable, sino

³⁰² *Ibidem*.

hipotético, circunstancial y relativo. De ahí que deba ser la comunidad internacional, ante determinados supuestos, quien deba definir quiénes reúnen las condiciones para poder ejercitarlo. Esta conclusión se apoya en tres presupuestos fundamentales.

En primer lugar, si cualquier grupo étnico, cultural, religioso, etc., puede perder toda o parte de su identidad mezclándose con otro sin que de ello se derive ninguna lesión de la dignidad humana, no podemos afirmar que la identidad social sea una exigencia absoluta, universal e irrenunciable de la dignidad del ser humano; por tanto, el derecho a preservar la identidad no puede calificarse como un derecho humano colectivo.

De este primer presupuesto se deriva, en segundo lugar, que la voluntad colectiva de un grupo de preservar su identidad cultural, étnica, religiosa o lingüística puede dar lugar a un derecho hipotético de autodeterminación, de naturaleza diversa a los derechos humanos, pero que no es equivalente al derecho del grupo a constituirse como Estado-nación. Autodeterminación y estatalidad solo podrían coincidir en el supuesto de que el acceso a la estatalidad fuera el único modo de asegurar la supervivencia de la identidad de un grupo, pero en tanto que salvaguardar esa identidad fuera condición indispensable para que los miembros de ese grupo tuvieran asegurados bienes esenciales inherentes a la dignidad que de otro modo se vulnerarían.

En tercer lugar, el derecho a preservar una identidad cultural determinada puede ser perfectamente renunciable y compatible con su contrario (con la reivindicación del derecho a superar y evolucionar respecto a esa tradición cultural, como sucedió en Japón, en China, en la India, etc.). Esto no puede ocurrir en ningún caso con los derechos humanos, que son universales, inalienables e irrenunciables, en tanto que exigencias inherentes a la dignidad. Los derechos humanos son universales, porque inhieren en la universal

condición humana, mientras que la preservación de un grupo social solo afecta al grupo, el cual, por definición, no es universal, sino particular. La universalidad de los derechos humanos solo puede predicarse de aquellos bienes esenciales que afectan a la universalidad de la condición humana, a aquello que ha de ser exigible respecto de todo ser humano por el mero hecho de serlo. Eso significa que si los derechos humanos son universales deben ser predicables de todos los individuos sin exclusión, lo que equivale a predicarlos de la especie '*homo sapiens*' como conjunto³⁰³. Esto significa que son derechos de todos los miembros de la especie humana pero no de las distintas comunidades en las que históricamente se ha agrupado la especie humana.

En definitiva, el derecho a preservar la identidad del grupo, expresado o manifestado a través del derecho de autodeterminación, no puede calificarse, ni situarse en el mismo nivel que los derechos humanos individuales, que son universales, inalienables e irrenunciables y que están ligados al núcleo de la dignidad, que es un atributo de los individuos de la especie humana y no de los grupos que estos históricamente conforman. Así pues, a la autodeterminación quizá le convenga más la calificación de 'principio'³⁰⁴ que la de 'derecho' (y ese ha sido y es, como veremos, su tratamiento efectivo en el Derecho internacional, complementando al principio de integridad territorial de los Estados).

El principio de autodeterminación de grupos nacionales, culturales o étnicos, en los Estados de Derecho será siempre hipotético, condicional y controvertible, aunque quienes lo reivindiquen lo propongan como un derecho irrenunciable, como una exigencia categórica o como un axioma indiscutible. Hasta qué punto

³⁰³ BALLESTEROS, J., *Derechos humanos*, cit., p. 91.

³⁰⁴ Para una comprensión profunda de la importancia que la categoría de los principios ha adquirido en el actual contexto de los Estados constitucionales (PRIETO, L., *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson 1997).

esté justificada su virtualidad efectiva y su materialización como derecho, dependerá de las condiciones concretas que definen la identidad del grupo y la situación política en que se halle para determinar si se vulneran bienes esenciales de los miembros del grupo ligados a esa identidad (en el ámbito lingüístico, religioso, cultural, etc.).

No basta que una facción aspire a que el grupo se autodetermine a través de su acceso a la estatalidad para considerar que quienes se oponen a esa pretensión vulneran el derecho de autodeterminación. Quienes afirman esto confunden el derecho indiscutible a preservar la identidad social de quienes (expresamente) desean preservarla, con el hipotético derecho a que esa identidad se estatalice. Hipotético (no absoluto) en tanto que el acceso a la estatalidad requiere de condiciones específicas: imposibilidad de garantizar bienes esenciales, ligados a la identidad del grupo, en el contexto estatal que integra territorialmente al grupo³⁰⁵.

Esta distinción constituye la esencia de aquello que los nacionalismos se niegan a aceptar: que tan legítimo resulta aspirar políticamente a la estatalidad como expresión de la autodeterminación de un pueblo, como oponerse políticamente a esa manera de autodeterminarse. La oposición política en un Estado-nación a que un pueblo, partido o comunidad ejerza un derecho como el de autodeterminación, que no es absoluto ni inalienable sino hipotético y relativo, en nada atenta a la dignidad de las personas que lo constituyen, ni a su cultura ni a su lengua. Pero tampoco atenta a la dignidad colectiva del

³⁰⁵ El derecho del pueblo a constatar y preservar su diferencia es un derecho recíproco al de quienes argumentan que no hay motivo suficiente para considerar que un pueblo sea efectiva e históricamente diferenciado. Por esta razón, de la hipotética identidad de un pueblo no se deriva un derecho a la soberanía, sino una política de reconocimiento de esa pretensión. El principio -no el derecho- de autodeterminación del pueblo es compatible con su contrario, el de oponerse a la autodeterminación, y no puede lógicamente anteponerse a ni compararse con los derechos humanos individuales.

grupo, en tanto que aquellas expresiones identitarias se hallen garantizadas.

Por otra parte, como señala Núñez Landeveze, la noción de 'identidad' pierde contenido cuando se desplaza de las personas a los pueblos³⁰⁶. En efecto, la identidad de la persona no es del mismo tipo de que la identidad del 'pueblo'. En boca del nacionalismo 'identitario' se pretenden equivalentes, pero, como hemos señalado, las identidades étnicas, lingüísticas y culturales, son 'relativas' porque permiten fusiones, intercambios y graduaciones; sin embargo, la identidad de las personas trasciende a esas identidades relativas; es la condición universal de pertenencia a la especie humana que les dota de dignidad. El mestizaje es la prueba empírica de que la identidad racial o étnica es permeable y relativa. No existen identidades culturales, étnicas, lingüísticas o religiosas, absolutas e incondicionales; por consiguiente, no puede haber derechos absolutos, inalienables e incondicionales, a preservar o mantener una identidad cultural cuando, por definición, esta es relativa. Así pues, una persona de cualquier raza, lengua, religión o cultura puede mezclarse con otra, sin que por ello pierda su identidad personal.

La apelación de Habermas a una ética de la especie puede tener sentido también para tratar este problema de las identidades comunitarias, porque presupone implícitamente la primacía de la especie sobre los grupos y la primacía de la identidad de los individuos de la especie sobre las identidades comunitarias en que se socializan. En efecto, el nacionalismo identitario tiende a convertir la identidad de las comunidades en una suerte de subespecies naturales autodeterminantes. Con esto se difumina el presupuesto fundamental de que, si somos iguales, lo somos en la medida en que somos humanos, y que solo somos diferentes en la medida en que pertenecemos a uno u otro grupo o somos personas diversas. Por tanto, un derecho que se califique como

³⁰⁶ NÚÑEZ LADEVÉZE, L., "Comunidad, identidad y derechos humanos", cit., p. 245.

humano no puede ser comprendido como un derecho del grupo, siendo el grupo un ente que integra a personas diferentes de las que se integran en otros grupos. No puede haber, en sentido estricto, derechos humanos de los pueblos. El derecho a la identidad, en tanto que derecho humano, solo puede ser de las personas, no puede tener un carácter colectivo; no es el derecho a la autodeterminación de un pueblo, sino el derecho a la propia originalidad vital de cada uno de los miembros que lo componen³⁰⁷.

Quienes sostienen la existencia de derechos colectivos los justifican sobre el presupuesto de que toda identidad personal se nutre de las fuentes culturales de la comunidad a la que pertenece; por consiguiente, dado que la identidad de la persona no es algo abstracto sino 'situado', aquello que social o culturalmente diferencia a unas personas de otras es lo que personalmente las identifica; y, en consecuencia, anular esa diferencia equivale a anular su identidad³⁰⁸. En otras palabras, la identidad personal de los individuos se conforma en tanto que se integra en la identidad colectiva del grupo.

Ciertamente, los hábitos culturales y los valores morales aprendidos en una comunidad de convivencia identifican a sus integrantes y les dotan de lo que cabría denominar una '*identidad social*', pero esa identidad no es absoluta, ni esencial, porque no los identifica como 'personas' o como miembros de la especie humana. Es decir, identifica a los individuos en lo relativo, modificable, permeable, histórico, contingente, etc., pero no los identifica como personas, aunque les suministre fuentes y motivos de los que se nutra su 'identidad social' y su 'identidad moral'. En última instancia, la condición de persona y su dignidad son independientes de las fuentes sociales de las que se ha nutrido su

³⁰⁷ *Ibíd.*, p. 346.

³⁰⁸ VILLORO, L.; "Sobre derechos humanos y derechos de los pueblos", *Isonomía* 3, 1995, pp. 7-19. MARGALIT, A. y RAZ, J.; "National Self-Determination", *Journal of Philosophy* 87(9), 1990, pp. 439-461.

identidad social o moral. El individuo humano no es solo un producto cultural de hábitos y normas preexistentes, es sobre todo un proyecto personal, una voluntad capaz de influir y de modificar los sistemas culturales y normativos en que se desarrolló³⁰⁹.

Somos universalmente iguales solo si aceptamos que cada individuo se integra igualmente en la comunidad existencial de seres humanos. Cuando se habla de un derecho a la diferencia, se está hablando del derecho del individuo a mantenerse adherido al grupo que se diferencia o distingue de otro grupo; es decir, es el derecho a que las identidades relativas no sean agredidas. Pero eso no significa que haya derechos humanos colectivos que los grupos puedan reivindicar para evitar su mezcla o su fusión con otros grupos. Este asunto afecta a los complejos problemas sociales derivados de la inmigración masiva a occidente, ya que toda delimitación cultural, religiosa, étnica, biológica o lingüística nos diferencia, nos agrupa, nos discrimina, nos segrega, pero siempre dentro de la identidad común que deriva de la pertenencia a una misma especie.

Entonces, ¿no puede hablarse del derecho a la supervivencia o a la libertad de un pueblo? En sentido estricto, solo cabría hablar de un derecho de autodefensa o de supervivencia de un pueblo cuando las personas que pertenecen a ese pueblo estuvieran amenazadas o sometidas por razón de su pertenencia o adscripción al mismo. Pero entonces ya no hablamos en realidad de la supervivencia o libertad de un pueblo, de un grupo o una comunidad, sino de la supervivencia o libertad de las personas que los componen, cuyos derechos son vulnerados por el hecho de pertenecer a un pueblo, a una etnia o a una cultura particular.

³⁰⁹ NÚÑEZ LADEVÉZE, L.; "Derechos de los pueblos y derechos humanos", cit., p. 138-146.

Los derechos humanos, en cuanto que universales, han de ser, por definición, comunes a todos los pueblos, y lo único que es esencialmente común a todos ellos es la 'naturaleza' de la especie, o sea los rasgos que se dan en todos sus miembros y que permite catalogarlos como seres humanos. Por tanto, el derecho a la preservar una identidad comunitaria, cultural, religiosa o lingüística no puede ser un derecho humano universal, sino de otro tipo. Se trataría de un derecho político, relativo, histórica y socialmente condicionado, pero siempre con contornos difusos y discutibles.

En definitiva, las identidades primarias y universales son absolutas y son las que constituyen a los sujetos de los derechos humanos. Las otras identidades, locales, comunitarias, no son universales, son relativas y secundarias, y su preservación no puede, por definición, constituir un sujeto de derechos humanos, porque las identidades de los pueblos son intercomunicables, modificables, cambiables. La especie y la persona son los polos no relativos de la identidad, son las referencias universales de los derechos humanos. Todas las demás son referencias relativas y locales.

No existe un 'derecho humano' a la propia cultura, en el sentido de que inhiera en la identidad del sujeto como ser humano. Si las culturas pueden mezclarse sin problema, no puede existir un derecho humano a la preservación cultural. Solo cabe hablar de derechos humanos en la medida en que existe una identidad humana absoluta y universal. Los derechos ligados a identidades relativas, locales o grupales tienen otra naturaleza, son derechos relativos, hipotéticos y siempre circunstanciados.

CAPITULO TERCERO

PUEBLOS, NACIONES Y ESTADOS ANTE EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN

El nacimiento de un buen número de Estados a partir de la desmembración de las extintas URSS, Yugoslavia o Checoslovaquia en la última década del siglo XX; el acceso a la independencia de Montenegro (2006); la independencia virtual de Kosovo (2008) o la 'sorprendente' aparición del nuevo Estado de Sudán del Sur (2011) han devuelto al primer plano un derecho cuyo ámbito natural parecía exclusivamente vinculado al proceso de descolonización de los territorios dependientes de los viejos Estados coloniales.

Sin embargo, el acceso a la estatalidad de estas nuevas entidades 'no coloniales', que han pretendido legitimarse bajo el paraguas del derecho de libre determinación de los pueblos obliga preguntarse: ¿Quiénes constituyen un pueblo para reivindicarse como titulares de este derecho? ¿Es lo mismo hablar de *pueblo* que hablar de *nación*? Y, sobre todo: ¿qué razones de fondo impulsan a los demás Estados a reconocer a esas nuevas entidades que reivindican su autodeterminación y, como consecuencia, conferirles el

espaldarazo para consolidarse como nuevos Estados, pasando por encima de uno de los principios estructurales más básicos del Derecho internacional como es el principio de integridad territorial?

Responder a estas preguntas exige que abordemos la cuestión desde una perspectiva filosófica (tratar de precisar los conceptos de pueblo, nación, identidad nacional y Estado) y desde una perspectiva específicamente jurídica: la configuración de la libre determinación de los pueblos como un derecho con plena virtualidad jurídica en el ámbito internacional.

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE 'PUEBLO'

No podemos abordar aquí, en toda su extensión histórica y doctrinal y con toda la complejidad que revisten, los conceptos de pueblo, nación o Estado¹. Intentar hacerlo desbordaría por completo el objeto de esta tesis. Sin embargo, consideramos imprescindible precisar algunos aspectos esenciales de esos conceptos tratando de aclarar en alguna medida su complejidad y ambigüedad, a los efectos de que nos sirvan de presupuesto para profundizar con fundamento en los sujetos del derecho de autodeterminación.

Nuestra pretensión aquí es ofrecer una visión general del problema que se viene manteniendo hace más de siglo y medio, y que sigue alimentando y nutriendo buena parte de la filosofía del Derecho y de la filosofía política de nuestra época alrededor de la conceptualización de realidades como el 'pueblo' o la 'nación', señalando aquellas ideas que puedan ayudar a su mejor

¹ Hay multitud de estudios al respecto. Desde el punto de vista histórico, uno de los más exhaustivos y pormenorizados sobre el tema puede encontrarse en LLOBERA, J.R., *El dios de la modernidad. El desarrollo del nacionalismo en Europa occidental*, Anagrama, Barcelona 1996, p. 18-129.

comprensión de cara a perfilar el complicado estatus de sujeto titular del derecho de autodeterminación

Ante todo, es importante señalar que la utilización de los términos de *pueblo* o *nación* no debe considerarse como una mera cuestión semántica, desconectada de la realidad sociológica que se describe con cada una de estas expresiones. Así lo sostiene Ruiloba cuando afirma:

“Desde nuestro punto de vista, la misma inconcreción de que adolecen los conceptos de nación y pueblo impide, en efecto, que se pueda establecer una diferencia esencial entre ellos. Son únicamente matices y connotaciones diversas los que acompañan distintamente a uno y otro término (...). Pero la problemática sustantiva que plantea la definición de ambos es la misma”².

En efecto, tanto el pueblo como la nación son términos que responden a realidades sociales distintas, con diverso grado de consolidación interna y, por consiguiente, con desigual capacidad de actuación en el ámbito internacional, aunque en el transcurso de la historia contemporánea ambos conceptos hayan estado tan estrechamente asociados en los documentos políticos y en las obras científicas que su diferenciación haya podido parecer, a los ojos de muchos autores, carente de fundamento e irrelevante.

En términos generales podemos establecer, siguiendo a Amengual³, tres grandes períodos o etapas en la evolución experimentada por el concepto de pueblo durante los dos últimos siglos.

² RUILOBA, E., “Una nueva categoría en el panorama de la subjetividad internacional. El concepto de pueblo”, *Estudios de Derecho internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid 1979, p.310.

³ AMENGUAL, G., “Sobre el concepto de pueblo. Algunas reflexiones sobre las determinaciones de su significado y su relación con el Estado”, *Sistema*, nº 48 (1982): 86-115.

1.1. El pueblo como entidad jurídico-política

En esta primera fase, que se desarrolla teórica y prácticamente durante la Revolución Francesa, se expresan, bajo el término 'pueblo', dos ideas sustantivas complementarias. Ante todo, el pueblo contiene una idea niveladora e igualitaria, en virtud de la cual se afirma la idea de igualdad y libertad entre todos los ciudadanos que integran una colectividad con unos límites histórico-geográficos comunes (nación) y con una organización política propia (Estado). En este sentido, cada individuo adquiere significación jurídica (*Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 26 de agosto de 1789) y política (soberanía popular), en tanto que forma parte de un mismo pueblo. Esta visión igualitarista y abstracta del pueblo como conjunto de ciudadanos, que permitió históricamente atacar la estructura estamental del antiguo régimen en beneficio de una estructura clasista, particularmente propicia para la clase media burguesa, y que facilitó el sometimiento de los monarcas absolutistas a los representantes de la voluntad popular, ocultaba, a su vez, una nueva forma de dominación concreta e histórica: la dominación política de la clase burguesa, cuya expresión más evidente será el establecimiento de la democracia por *voto censitario*, en virtud de la cual la cualidad de ciudadano se adquiere previa demostración de un determinado nivel de renta o de propiedad de bienes inmuebles, como fórmula de selección y elección de los representantes del pueblo.

Pero el término pueblo contiene también una segunda connotación, no menos significativa que la anterior y perfectamente conectada con ella, a saber: el pueblo en tanto que realidad sociopolítica solo existe en toda su plenitud en la medida en que logra consolidarse como nación y como Estado. En efecto, un pueblo incapaz de articularse como una colectividad histórica, como una

‘nación’, y de organizarse como una entidad política independiente, como un ‘Estado’, no pasa de ser una mera amalgama pasiva de individuos, incapaz de adquirir un protagonismo internacional. Como apunta Amengual:

“Si la nación es la unidad consciente y la voluntad refleja de ser pueblo unido, el Estado es la estructuración jurídico-política de esta unidad como tal. Así surgen los estados nacionales, como unidades de ciudadanos iguales y libres que borran del mapa las otras demarcaciones fundamentales en los poderes de los señores: principados, condados, señoríos, etc. Nacionalidades que, porque se afirman gracias a la estructura estatal, a veces fueron entendidas como idénticas con los estados, cosa que otra vez nos muestra la abstracción con que se entendía al Estado, abstracción que cristalizó en el centralismo”⁴.

1.2. El pueblo como unidad cultural

La segunda fase destacada por Amengual⁵ se desarrolla durante la primera mitad del siglo XIX, al amparo de ese movimiento cultural característico denominado romanticismo.

Lo más significativo de esta etapa es el énfasis que se pone en destacar la dimensión cultural propia del pueblo, en tanto que principal vínculo de unificación e integración entre todos los individuos libres e iguales que constituían un determinado grupo humano.

El pueblo aparece, de esta manera, como una realidad social diferenciada y viva, con un alma o espíritu propios que es distinta de la singularidad e individualidad de los miembros que lo componen, pero a la vez se manifiesta

⁴ *Ibíd.*, p. 89.

⁵ *Ibíd.*, p. 90-93.

en una clara tensión con la estructura formalista y despersonalizada del Estado, cada vez más centralista y burocratizado.

Esta visión del pueblo, muy frecuentemente confundida con la de nación, surge de la constatación de una comunidad cultural que se crea y fragua entre todos los individuos de un mismo grupo humano, que desarrolla su dinámica propia a partir de la conjugación de ciertos elementos objetivos (comunidad étnica, lingüística, religiosa, tradicional, etc.) y subjetivos (el «espíritu del pueblo»).

1.3. El pueblo como masa popular

La propia evolución económico-política de las sociedades europeas durante el siglo XIX hizo que la clase social marginada por la visión burguesa del pueblo y del Estado irrumpiese en la escena política, social y económica de forma conflictiva y que tratase de afirmarse, como tal clase social, en gran medida por su oposición a la burguesía. La teoría marxista clásica, al situar a las clases sociales y el conflicto interclasista en el corazón mismo de la sociedad, permitirá el desarrollo de una nueva concepción del término *pueblo*.

En efecto, como señala Amengual⁶, el marxismo parte de la consideración del pueblo como realidad social integrada fundamentalmente por el proletariado; es decir, por el conjunto de las masas trabajadoras (obreros y campesinos) a las que hay que agregar todos aquellos grupos que, aun perteneciendo a la burguesía, apoyan directa y objetivamente al proletariado (artistas, intelectuales, etc.). Así considerado, el pueblo se identifica con las masas populares trabajadoras, precisamente porque son estas, y no la burguesía dominante y opresora, las auténticas forjadoras del desarrollo histórico de las sociedades. En consecuencia, la clase burguesa aparece a los ojos del

⁶ *Ibíd.*, p. 94-99.

marxismo clásico no como una clase integrada en el pueblo, sino como la clase que se impone y domina al pueblo, que adquiere toda su plenitud, como realidad social, en la medida en que es capaz de afirmarse y liberarse, a través de la revolución, de la dominación burguesa. Es desde esta perspectiva y significado del pueblo desde donde deben interpretarse algunos términos acuñados en la doctrina marxista, tales como 'dictadura del proletariado' o 'democracia popular'. Finalmente, cabría subrayar que, debido a la importancia y significado concedido por Marx al concepto de pueblo (que se asimila frecuentemente al de nación), no será hasta Stalin cuando empiece a desarrollarse de forma apreciable una teoría del significado y alcance del concepto de *nación*.

1.4. Otras concepciones actuales

A estas tres etapas señaladas por Amengual, cabría agregar una corriente actual, calificada como funcionalista por Argelet, y que se encuentra muy difundida entre sociólogos y politólogos de inspiración anglosajona, uno de cuyos más representativos exponentes es Karl Deutsch. Para este autor, el concepto de *pueblo* cabe definirlo en los siguientes términos:

“Un grupo de personas con hábitos complementarios de comunicación. (...). Lo esencial para constituir un pueblo es que sus miembros compartan una comunidad de significados en sus comunicaciones, de modo que puedan comprenderse en forma efectiva en un amplio ámbito de diferentes temas. Es evidente que una lengua común, aunque no sea indispensable, ayuda mucho para esta finalidad, y resulta decisiva la

existencia de una cultura común que proporcione los significados comunes”⁷.

Como veremos más adelante, esta definición de *pueblo* incorpora elementos de corte subjetivo, que son propios de las *naciones* (comunidad de significados) y es que, en efecto, Deutsch se encuentra en ese grupo de autores (Gellner⁸, Hobsbawm⁹, Anderson¹⁰) que tienden a identificar total o parcialmente esos dos conceptos y que veremos más adelante.

Más interesante resulta la noción de pueblo que establece Chaumont¹¹, cuando indica que la realidad social del mismo se desarrolla paralelamente a la toma de conciencia por sus miembros de su condición de dominados por otras colectividades, así como a la necesaria lucha por la liberación que debe derivarse de esta toma de conciencia. Para expresarlo con las propias palabras de este autor:

“...Un pueblo que no lucha por su existencia no es más que un aglomerado de clases o de personas, incluso si en su seno, la comunidad territorial, de lengua, de cultura, etc., es indiscutible... El afloramiento en el ámbito de la percepción colectiva del carácter intolerable de las apropiaciones y alienaciones inmediatas puede ser denominada la "toma de conciencia" de un pueblo. Esta toma de conciencia es inherente al combate, en el sentido de que sin combate no hay toma de conciencia, y sin toma de conciencia no hay combate. Estos son dos aspectos del

⁷ DEUTSCH, K. *Nationalism and Social Communication: An Inquiry into the Foundations of Nationality*, Nueva York: MIT-Wiley, 1953, p. 45.

⁸ GELLNER, E. (1988), *Naciones y nacionalismo*, Madrid: Alianza, 2008.

⁹ HOBBSAWM, E., *Naciones y nacionalismo desde 1780*. Barcelona: Crítica, 1992.

¹⁰ ANDERSON, B. (1983) *Imagined Communities: Reflections about the Origin and Spread of Nationalism*. Londres: Verso, 2006.

¹¹ CHAUMONT, Ch., *Cours général de droit international*, RCDI, T. I., Paris 1979, p. 338.

mecanismo de la ideología. Así, la toma de conciencia y el combate tienen necesariamente un contenido político; pero la ideología política no es un fin en sí, la libertad es el objetivo de la liberación, única explicación posible de los cambios o distancias políticas de algunas naciones tras la liberación”¹².

Chaumont señala en esta cita dos elementos que son consustanciales a la idea de pueblo; por un lado, la necesidad de que se desarrolle una conciencia política común y, por otro, el que esta conciencia política común genere una actuación colectiva de la mayoría de los miembros del grupo, orientada hacia la consecución de una liberación de las relaciones de dominación político-económica, respecto de otros grupos exógenos (otros estados, naciones o pueblos).

A la luz de estas consideraciones, podemos decir que un *pueblo* es aquel grupo social que ha desarrollado unos vínculos de agregación colectiva entre sus miembros como resultado de su conciencia de identidad política común y de su actuación orientada a traducirla en una entidad estatal propia o independiente.

Según esta definición, el concepto de *pueblo* se diferencia netamente de otros términos próximos, como son los de población y grupo étnico. En efecto, la *población* es el conjunto de individuos establecidos en un territorio determinado, sea cual sea su grado de organización social y la naturaleza de las relaciones interindividuales que puedan existir. La *etnia*, por su parte, se conforma como conjunto de individuos cuyas relaciones vienen determinadas por factores naturales preestablecidos, generalmente de naturaleza biológica o

¹² CHAUMONT, CH., “La relation du droit international avec la structure économique et sociale, Réalités du droit international contemporain”, *Faculty of Reims, ARERS*, 1978, p.33

de sangre. En ambos casos se aprecia que el conjunto de individuos no logra configurarse como un grupo social organizado y activo, con conciencia grupal diferenciada, y mucho menos con conciencia política propia.

Lo propiamente definidor del concepto de *pueblo* derivaría, para Chaumont, de la conjunción de tres elementos básicos¹³:

- a) Su configuración como grupo social, organizado agregativamente, y diferenciado de otro tipo de agrupaciones sociales menores a las que puede comprender y en las que puede apoyarse (clases sociales, tribus, grupos étnicos, lingüísticos, religiosos, etc.).
- b) El desarrollo de una conciencia política propia como núcleo ideológico de vinculación entre sus miembros, conciencia que suele generarse a partir de la constatación de la dependencia y alienación sufrida por los miembros del pueblo en beneficio de otra colectividad dominadora ajena a él.
- c) La acción, en ocasiones armada y violenta, destinada a consagrar su existencia diferenciada a través de la creación o participación política plena en una estructura estatal independiente; es decir, su tendencia a convertirse en Estado.

Aun cuando suele ser habitual la adscripción del pueblo a un área territorial definida, este no es un requisito indispensable para el surgimiento de una realidad popular, como lo demuestra el caso del pueblo palestino, aunque evidentemente sí constituye un elemento condicionante para la consecución del objetivo básico a que aspira todo pueblo, es decir, su conversión en una unidad

¹³ *Ibíd.*, p. 39-41.

estatal independiente. Y ello es así porque el vínculo de agregación entre todos los miembros de un mismo pueblo no descansa, a diferencia del Estado, en la coparticipación territorial, sino precisamente, en la *identidad política común*, en la aspiración y en la lucha por crear un Estado, dentro del cual el pueblo vea reconocidos sus intereses y derechos políticos y económicos¹⁴.

Análogamente, la existencia de vínculos lingüísticos, étnicos o religiosos pueden favorecer y facilitar la génesis de un pueblo en la medida, como apunta Deutsch, en que permiten una mayor comunicación entre sus miembros en ámbitos no estrictamente políticos, pero que pueden potenciar el proceso de 'agregación societaria', aunque tampoco esto constituye una condición o requisito necesario para la formación de una colectividad popular¹⁵. Por el contrario, son las ideologías políticas y los grupos de naturaleza política los que resultan fundamentales para desarrollar la conciencia política común y garantizar la acción popular, sea por medios pacíficos o armados; en consecuencia, la formación de partidos políticos o movimientos de liberación tienen una función catalizadora básica en la gestación del pueblo¹⁶.

2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE 'NACIÓN'

Junto a los pueblos cabe apreciar también, en el panorama internacional y en el mundo de los Estados, la existencia de otras formas de agrupación social no menos significativas, a las que denominamos '*naciones*'.

La gran mayoría de los autores que han abordado el tratamiento de la nación coinciden en destacar la naturaleza cultural e ideológica de los vínculos

¹⁴ *Ibid.*, p. 42.

¹⁵ DEUTSCH, K. *Nationalism and Social Communication*, cit., p. 53.

¹⁶ CHAUMONT, CH., "La relation du droit international avec la structure économique et sociale", cit., p. 37.

nacionales. Muy especialmente los autores alineados con el marxismo, cuyo paradigma se encuentra en la clásica definición establecida por Stalin, en la cual la nación aparece como:

“... una comunidad estable, históricamente constituida, de lengua, de territorio, de vida económica y de formación psíquica, que se traduce por una comunidad de cultura”¹⁷.

En la misma línea se expresan también otros muchos autores de corrientes ideológicas no marxistas como Lawrence:

“La nación es, por tanto, un sistema de relaciones culturalmente determinado”¹⁸.

Análogamente, Coulombis y Wolfe subrayaron la diferencia existente entre los conceptos de Estado y nación:

“Las expresiones ‘nación’ y ‘Estado’ son conceptualmente muy distintas, aunque se las emplea en forma indiferenciada con mucha frecuencia. La nación es un concepto histórico fundado en la identidad cultural que comparten personas individuales; el Estado es una unidad política definida en función de población, territorio y un gobierno autónomo”¹⁹.

Desde esta perspectiva, podríamos definir el concepto de *nación* como aquella colectividad que ha alcanzado la integración cultural de sus miembros, en el transcurso de un proceso histórico común y gracias a la cual goza de una capacidad de actuación y relación con otras colectividades internacionales, así

¹⁷ STALIN, J., *El marxismo y la cuestión nacional*, Anagrama, Barcelona 1977, p. 39.

¹⁸ LAWRENCE, P., *Nationalism. History and Theory*, Harlow: Pearson, 2005, p. 62.

¹⁹ COLOUMBIS, TH.- WOLFE, J., *Introduction to International Relations: Power and Justice*, Longman Higher Education, NY., 1985, p. 121.

como de una autonomía funcional, interna, garantizada por la identificación entre los individuos y la nación²⁰.

De acuerdo con esta concepción de la nación sus principales elementos serían los siguientes:

2.1. Un grupo social integrado culturalmente

La nación constituye un tipo particular de agrupación social, debido a que el elemento de vinculación e integración entre sus miembros está constituido por la cultura. Ciertamente, entre los elementos que componen la cultura común de una sociedad nacional son de gran importancia los aspectos económicos y políticos, pero sin olvidar otros muchos elementos culturales, no menos importantes y significativos, como son la lengua, la religión, la singularidad étnica, la tradición artística, las costumbres sociales, etc. Contemplar la pluralidad de elementos que conforman la base cultural de una sociedad resulta necesario para comprender las raíces y las finalidades de una nación, evitando los riesgos de asimilar el concepto nacional tan solo con alguno de tales elementos²¹.

²⁰ *Ibíd.*, p. 137.

²¹ *Ibíd.*, p. 142. Desde luego, el concepto cultural de nación dista mucho de la idea de Deutsch, según la cual existe una relación directa entre nación y grado de participación en los órganos y estructuras de poder del Estado: «Si una porción significativa de los miembros de un pueblo trata de obtener el control de alguna parte sustancial de la maquinaria de coacción y gobierno -tales como los consejos municipales, juntas escolares o legislaturas provinciales- los denominamos una nacionalidad. Si logran apoderarse de recursos significativos de coacción sobre una amplia superficie -es decir, si habitualmente obtienen el control de un Estado- lo llamamos una nación, y por lo común se llaman de esta manera a sí mismos. Una nación es, entonces, un pueblo que controla un Estado». (DEUTSCH, K., *Nationalism and Social Communication*, cit., p. 59).

No se trata de que un grupo se identifique por una, dos o tres de esas notas; se trata de que en ese grupo se ha verificado una mezcla de todas ellas hasta constituir lo que se suele denominar un «carácter propio» que los hace singulares y los identifica. Desde esta perspectiva, podemos entender que *nación* en un *sentido objetivo* quiere decir *comunidad nacional*. De todos modos, no todo grupo con un 'carácter propio' se considera a sí mismo una nación o es considerado por otros como tal. En esta tarea resultan claves otros dos elementos que consideraremos a continuación: el desarrollo político e histórico común por el que ha discurrido el grupo y el factor psico-sociológico; una conciencia de la propia identidad nacional. Esto implica, también, que las naciones pueden subsistir como tales grupos sociales integrados al margen de su pertenencia a uno o varios Estados, al igual que pueden coexistir con otras naciones en el seno de una misma realidad estatal, tal y como veremos cuando abordemos las complejas relaciones entre el Estado y la nación.

2.2. Una experiencia histórica común

La formación de una comunidad nacional requiere siempre un largo período histórico, durante el cual se va gestando y transmitiendo la cultura entre los miembros de todos aquellos grupos sociales que la componen. Esta experiencia histórica, forjada por los individuos de una sociedad en tránsito hacia una comunidad nacional, y que se convierte en parte integrante de su propia cultura (transmitida y desarrollada de generación en generación), resulta fundamental para consolidar la integración cultural de todos los miembros de la nación, y con ella, la perpetuación de la propia comunidad nacional²².

²² BEA, E., "Naciones sin Estado: la asignatura pendiente de la construcción europea", en *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 139.

La experiencia histórica no solo resulta fundamental sino absolutamente imprescindible, ya que este proceso no puede alcanzarse de forma inmediata o a corto plazo. La gestación de la nación es un 'proceso' que cuando no se ha culminado plenamente produce una forma de agrupación social, con cierto grado de organización, estabilidad y actuación colectiva, pero en la cual los vínculos culturales no son esenciales en la integración de sus miembros; el vínculo social es básicamente coyuntural. Tales grupos constituyen lo que suele denominarse como '*nacionalidades*', que podrían definirse como naciones aún en proceso de formación histórica²³.

2.3. Autonomía funcional interior y exterior

La comunidad nacional, en tanto que grupo social integrado, goza de una capacidad de actuar colectivamente, tanto respecto de sus miembros como respecto de otros grupos o actores internacionales. En esta capacidad de actuación colectiva se fundamenta la posibilidad de desarrollar una experiencia histórica común, y también en ella se fundamenta la posibilidad de consolidar sus vínculos culturales y mantenerlos en el tiempo, a través de un acto de permanente autoafirmación frente a las tendencias desintegradoras internas y frente a la presión de otras colectividades exteriores. Solo actuando como colectividad una comunidad podrá subsistir como nación y evitar su desintegración²⁴.

No cabe, por tanto, considerar que la nación constituye una realidad social permanente e inmutable una vez alcanzada su consolidación. Por el contrario, la nación solo permanece como tal en la medida en que mantiene viva la lucha

²³ GELLNER, E., *Naciones y nacionalismo*, cit., p. 20

²⁴ VAN WISSEN, G., "Estado y nación", en *Communio*, año 16, marzo-abril 1994, pp. 133-137.; BEA, E., "Naciones sin Estado: la asignatura pendiente de la construcción europea", cit., 141.

por su existencia y en la medida en que esta lucha constituye, en sí misma, una prueba palpable de la realidad nacional. No obstante, la autonomía nacional opera, fundamentalmente, en la esfera de la cultura, ya que es la cultura el vínculo comunitario del que surge la nación. Ello significa que las naciones son particularmente sensibles a las relaciones de dominación en el ámbito cultural por parte de otras colectividades, por ser la dominación cultural (lingüística, religiosa, étnica, artística, etc.) la que más directamente afecta a la propia subsistencia de la nación²⁵.

2.4. Identificación de lo personal y lo nacional: la identidad

La nación, a diferencia de otras formas de agrupación social, alcanza su estabilidad, integración y capacidad de actuación autónoma, debido a la identificación que suscita en los individuos entre su realidad personal y la realidad nacional. En efecto, el fundamento último del poder de toda nación radica en el hecho de que sus miembros han asumido e interiorizado, a través de los mecanismos institucionales de aprendizaje y socialización, los vínculos culturales comunes forjados históricamente a lo largo de sucesivas generaciones. En la medida en que tales vínculos culturales se transforman en una parte esencial de la personalidad (consciente e inconsciente) de cada individuo, este termina por asociar su propia existencia a la existencia de la comunidad nacional. De manera que, llegado el caso, podría incluso aceptar la necesidad de su sacrificio personal por salvaguardar la realidad nacional²⁶. He ahí el núcleo de lo que denominamos 'identidad nacional'.

²⁵ GELLNER, E., *Naciones y nacionalismo*, cit., p. 23

²⁶ MacCORMICK, N., "Nació i nacionalisme", *Afers*, nº 8 (1988-89), p. 393; VIROLI, M., *Por amor a la Patria*, Acento, Madrid 1997, p. 97-98. LLOBERA, J.R., "Estado soberano e identidad nacional en la Europa actual", en LAMO DE ESPINOSA, E. (ed.), *Cultura, Estados, ciudadanos*, Alianza, Madrid 1995, pp. 146-147.

Un ejemplo claro de la importancia fundamental de este elemento subjetivo lo representa el pueblo judío: ¿Quién es judío? Esta cualidad no queda definida específicamente por rasgos exteriores, por una lengua, por un territorio, ni siquiera por una religión. Lo realmente decisivo es que uno sienta su pertenencia al pueblo judío, si bien es cierto que la subjetividad debe sustentarse sobre la base de determinados rasgos objetivos. Esto significa que en el *sentido objetivo de nación* no se puede prescindir de la componente subjetiva²⁷.

Esta componente personal y subjetiva, propia de la nación, le permite subsistir a los cambios estatales y territoriales que puede experimentar a lo largo de su historia, y le permite también incorporar y trascender las transformaciones funcionales impuestas por la vida económica, política o tecnológica. En ello radica la auténtica fuerza de cohesión de la nación para enfrentar la dinámica histórica y los conflictos con otros grupos sociales. Ahora bien, al mismo tiempo que constituye una poderosa fuerza de cohesión, constituye también una de las motivaciones más poderosas a través de las cuales germina la ideología nacionalista, de raíces agresivas y expansionistas, que puede crear falsos mitos, sustentar una irracional apología de lo étnico y pretender imponer por la fuerza inexistentes homogeneidades culturales, dentro de la propia comunidad

²⁷El concepto de nacionalidad, tal como se empleó y se emplea en la antigua Europa del Este, tiene mucho que ver con el sentido objetivo de nación. En la antigua Unión Soviética, por ejemplo, se hacía constar en el pasaporte la *nacionalidad* del titular de acuerdo con una especificación *ad hoc*: ruso, alemán, judío, ucraniano, etc. De acuerdo con esto, el concepto nación se convertía en jurídicamente relevante porque solo determinados grupos eran reconocidos como nación y la pertenencia a una nación suponía el reconocimiento de determinadas consecuencias jurídicas por parte del Estado. Continuando con el mismo ejemplo, a quienes tenían un origen holandés se les negó una nacionalidad propia y se les consideró alemanes.

nacional e incluso extendiéndolo a otras comunidades nacionales o populares²⁸.

2.5. La comunidad de destino

Otros autores han incluido en el concepto *nación* su vocación de *Estado*. Es decir, el último elemento que configura una realidad nacional radica en la voluntad de una comunidad nacional de constituir un Estado (de llegar a serlo o de seguir siéndolo). Desde esta perspectiva, la nación no solo contiene un elemento subjetivo que configura la identidad nacional, sino que se define específicamente en clave sociopsicológica. *Nación* (casi siempre se utiliza en singular) alude en este caso a una *comunidad de destino*. Se tiene un pasado y una historia común, existe una integración cultural e identitaria del grupo, se goza de una autonomía funcional y, como consecuencia, unos se sienten vinculados a otros en el presente y quieren consolidar definitivamente su vinculación en el futuro a través de unas estructuras estatales²⁹. En palabras de Renan, «*Une nation est donc une grande solidarité, constituée par le sentiment*

²⁸ En este sentido se han manifestado los trabajos más emblemáticos en la materia de KHON, H., *The idea of nationalism*, Harper, Nueva York, 1944; *El nacionalismo, su significado y su historia*, México FCE, 1966; *The age of nationalism*, Harper, Nueva York 1962; HOBBSAWM, E., *The age of revolution: 1789-1848*, Mentor, Nueva York 1964; KEDOURIE, E., *Nacionalismo*, Madrid, CEC, 1988; GELLNER, E., *Naciones y nacionalismo*, cit.; ANDERSON, B., *Imagined communities*, cit. También LLOBERA, J.R., *El dios de la modernidad. El desarrollo del nacionalismo en Europa occidental*, Anagrama, Barcelona 1996. HABERMAS, J., *Más allá del estado nacional*, Trotta, Madrid 1997, pp. 112-113.

²⁹ En esta línea se manifiesta Gellner, al exponer los dos elementos con los cuales se puede definir una nación: 1. Dos hombres son de la misma nación si y solo si comparten la misma cultura, entendiendo por cultura un sistema de ideas y signos, de asociaciones y de pautas de conducta de comunicación. 2. Dos hombres son de la misma nación si y solo si *se reconocen* como pertenecientes a la misma nación. Las naciones hacen al hombre; las naciones son los constructos de las convicciones, las fidelidades y solidaridades de los hombres (GELLNER, E., *Naciones y nacionalismo*, cit., p. 20).

*des sacrifices qu'on a faits et de ceux qu'on est disposé à faire encore... L'existence d'une nation est... un plébiscite de totuts les jours»*³⁰. De este modo, la voluntad de destino común de uno o varios grupos nacionales es lo que constituye el propio Estado, al igual que el cese de esa voluntad de pertenencia al Estado acaba destruyéndolo.

Así pues, una «comunidad nacional» se convierte en una «comunidad destino» cuando asume su vocación hacia la estatalidad. La relación entre ambas realidades resulta bastante complicada. Por ejemplo, el pueblo norteamericano y el pueblo suizo constituyen 'comunidades de destino' pero no forman comunidades nacionales únicas. Norteamérica se constituye a partir de muchas comunidades nacionales y Suiza se compone de cuatro comunidades nacionales diversas. Holandeses y flamencos, alemanes y austriacos, pertenecen sin duda a la misma comunidad nacional (cultura, lengua...), pero en el desarrollo histórico se ha producido un movimiento de separación recíproca y forman ahora Estados propios, con el acuerdo de casi todos sus miembros³¹.

Esta última nota resulta bastante discutible. Coincidimos con quienes entienden que la existencia de una nación debe contemplarse desde su doble naturaleza social y cultural, sin que exista una relación de necesidad con otras formas de organización social, como puede ser el Estado. Desde esta perspectiva, la concepción del Estado-nación como expresión culminatoria de una comunidad

³⁰ RENAN, E., «Qu'est-ce qu'une nation?», en *Oeuvres complètes*, Calmann-Lévy, Paris 1947-1961, I, p. 889.

³¹ Como es lógico, un Estado que no se compone de una comunidad nacional única, necesita por lo general de más símbolos y rituales que colaboren a reforzar la unidad que un Estado homogéneo en ese sentido. Este hecho resulta muy patente en los Estados Unidos. En las antiguas colonias africanas que alcanzaron su independencia después de la segunda guerra mundial, se habló de *nation building*, es decir, que a partir de varias comunidades nacionales (tribus) había que construir una nación portadora del estado.

nacional que constituye la completa población de un Estado, no tiene más validez que la que aportan los casos, siempre excepcionales, en los que tal vinculación entre ambas colectividades se ha producido históricamente. La realidad lo que muestra en su expresión existencial mayoritaria es un amplísimo panorama de naciones sin Estado y de Estados plurinacionales³².

Tampoco parece plausible la tesis ideológica de Chaumont, según la cual la ideología del aparato Estado expresa una determinada estructura económica y social, mientras que la ideología de la nación expresa la superestructura económica y social de un pueblo³³. Considerar la nación como expresión de una realidad social previa, que sería el *pueblo*, impide entender el elemento cultural integrador propio de que goza toda nación (que suele incluir a pueblos muy diversos). En efecto, contemplar la nación como la simple expresión de la cultura de un pueblo constituye un grave reduccionismo, como lo demuestra el hecho de que muchos de los pueblos que han alcanzado su independencia política tras siglos de colonialismo tienen que afrontar una realidad dramática provocada por su incapacidad para generar una comunidad estable: la falta de identidad cultural propia, la carencia de unos valores genuinos, la ausencia de aspiraciones colectivas con las que se identifiquen personalmente todos sus miembros; la ausencia de una experiencia histórica común, que necesita de

³² BEA, E., "Naciones sin Estado: la asignatura pendiente de la construcción europea", cit., p. 147.

³³ "... Resulta claro que la nación, al igual que el aparato del Estado, posee una naturaleza ideológica. Entendemos por ello que cumple la doble función de toda ideología: función interna de unificación, que sirve para enmascarar y, a veces, superar las contradicciones; función externa de simbolización, frente a las colectividades extranjeras. Pero el contenido de la ideología nacional no es el mismo que el contenido de la ideología del aparato del Estado: mientras ésta última expresa, organiza y justifica una determinada estructura económica y social, la ideología nacional traduce y sacraliza las exigencias económicas de un pueblo. La nación es, por tanto, un concepto ideológico, en cuanto superestructura de un pueblo". CHAUMONT, CH., "La relation du droit international avec la structure économique et sociale", cit., p. 41.

tiempo para consolidarse. La idea de nación no puede reducirse a una dimensión étnica, a la expresión cultural de un pueblo, es una realidad social, histórica y cultural a la que muy pocos pueblos han logrado acceder en su devenir histórico.

3. LAS DENOMINADAS 'MINORÍAS NACIONALES'

En la actualidad, las nuevas reivindicaciones del derecho de libre determinación provienen fundamentalmente, como ya hemos apuntado, del interior de Estados plurinacionales. En ese contexto, determinadas minorías, que podrían calificarse como nacional-identitarias³⁴, reclaman para sí la titularidad y el ejercicio del derecho de autodeterminación, sin que esto deba suponer, necesariamente, el acceso a la estatalidad, la constitución de un nuevo Estado. En este sentido, resulta hoy especialmente importante aproximarse a la noción de minoría nacional, que resulta de una gran complejidad y que no cabe identificar sin más con los conceptos de 'pueblo' o 'nación'.

Como ha subrayado la profesora Emilia Bea, el concepto de 'minoría' resulta difícil de definir porque es un concepto conflictual, que se plantea siempre en clave de relación entre diferentes términos. Que un grupo de personas posea unas características específicas –religiosas, lingüísticas, económicas, sexuales, raciales– no determina por sí mismo su carácter de minoría. La minoría como tal se constituye cuando ese grupo de personas entra en una relación conflictiva con otro grupo de personas que resulta dominante. Dicho de otra forma, un grupo humano solo es minoría cuando aparece situado en una posición de desventaja respecto a otro grupo. Al grupo dominante se le

³⁴ BEA, E., "Naciones sin estado. El reto de los derechos colectivos", cit., p. 89.

denomina mayoría, no porque lo sea cuantitativamente, sino por su situación dominante, que es la que le hace aparecer como superior. De ahí que pueda hablarse paradójicamente de 'mayorías minoritarias'. Así pues, la profesora Bea asume la definición de Deschenes y califica como minoría al grupo de ciudadanos de un Estado, en posición no dominante en ese Estado, dotados de características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes a las de la mayoría de la población, solidarios los unos con los otros, animados, aunque sea implícitamente, por una voluntad colectiva de supervivencia y que tienden a la igualdad de hecho y de derecho con la mayoría³⁵.

La tendencia hacia la igualdad de hecho y de derecho con la mayoría conlleva, primariamente, la exigencia básica de no-discriminación, es decir, en la línea de la titularidad universal de los derechos, supondría evitar la discriminación contra una persona o grupo de personas por su condición de pertenencia a una minoría; si bien es cierto que, en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, se condena la discriminación no se confiere ningún derecho específico a las minorías en cuanto tales, ya que la Declaración tiene como destinatarios las personas individualmente consideradas.

No obstante, en la identificación de las minorías el elemento esencial se encuentra en su 'voluntad colectiva de pervivencia'. Este elemento es el que identifica al grupo no dominante, porque posee unas características que difieren del resto de la población y porque manifiesta, incluso, un sentimiento de solidaridad dirigido a conservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma. Como también ha subrayado el profesor Javier de Lucas "lo que define a las minorías es que constituyen grupos de individuos que son como los demás (que pertenecen a un grupo más amplio: el Estado como marco común,

³⁵ *Ibíd.*, p. 90.

del que son ciudadanos también los miembros de la minoría) pero que, sin embargo, no quieren/no pueden/no son asimilables en todo a ellos”³⁶.

El profesor Luis Prieto concreta aún más los rasgos característicos de una minoría a los efectos de constituirse como tal: se trata de una colectividad humana diferenciada dentro del territorio del Estado, que se halla en posición no dominante y que posee una cultura distinta y disidente frente a la mayoritaria. Esta diferencia tendría como base un ‘substrato’ constituido por características relativamente inmodificables, es decir, características que no dependen (en absoluto o principalmente) de la conducta o de la voluntad de los individuos que forman la colectividad. Y ese ‘substrato’ de hecho se traduce en una cultura, más o menos diferenciada, algunos de cuyos elementos resultan discordantes o conflictivos con las instituciones dominantes³⁷.

En todo caso, a pesar de que son muy escasos los textos en los que encontramos una alusión directa o una definición de minoría nacional, hemos visto cómo se han ido adoptando diferentes instrumentos jurídicos internacionales para la protección de las minorías, que van mucho más allá de la no-discriminación, y que apuntan al reconocimiento de derechos específicos (derecho a la existencia, derecho a la propia identidad) y que adquieren la naturaleza de derechos colectivos.

En el reconocimiento jurídico de las minorías, en cuanto tales, suele invocarse como precedente el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, de acuerdo con el cual “*en los Estados en los que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que*

³⁶ DE LUCAS, J., "Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº5, 1993, p. 100.

³⁷ PRIETO, L., "Igualdad y minorías", en AA.VV. (L. Prieto coord.), *Tolerancia y minorías*, Cuenca, Universidad Castilla-La Mancha, 1996, p.36-37.

*pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma*³⁸.

Pero la realidad es que, ni el Pacto, ni la mayor parte de los instrumentos internacionales posteriores destinados a la protección de las minorías, han utilizado el término 'minorías nacionales'. Y, cuando en alguna ocasión se ha empleado el término, ha adolecido de una evidente falta de precisión. Es el caso, por ejemplo, de la *Recomendación 1201/93* de la *Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa*. El art. 1 del texto pretende definir el concepto de 'minoría nacional' y lo hace del siguiente modo:

“Para los fines de esta Convención la expresión ‘minoría nacional’ se refiere a un grupo de personas en un Estado que: 1. Residen en el territorio de ese Estado y son ciudadanos suyos. 2. Mantienen con ese Estado vínculos antiguos, firmes y estrechos. 3. Muestran caracteres diferenciales étnicos, culturales, religiosos o lingüísticos. 4. Son suficientemente representativas, aunque en menor número que el resto de la población de ese Estado o de una región de ese Estado. 5. Están motivadas por la preocupación de preservar conjuntamente lo que constituye su identidad común, incluyendo su cultura, sus tradiciones, su religión o su lenguaje”.

La definición, como queda claro, conjuga elementos objetivos y subjetivos. Entre los primeros, están los que denomina 'caracteres diferenciales': religiosos, lingüísticos o, más en general, étnico-culturales; entre los segundos, aparece básicamente la voluntad de los miembros del grupo de persistir en sus

³⁸ Sobre la interpretación de este precepto: FERNÁNDEZ LIESA, C., *Derechos lingüísticos y derecho internacional*, Madrid, Dykinson, 1999, p.50-54.

diferencias respecto al resto de la población con la que conviven y preservar así su existencia y su identidad diferenciada como grupo. De acuerdo con esta concepción, la 'minoría nacional' se configura como una especie de minoría muy particular, en la que se reconocen únicamente aquellos grupos que reclaman una identidad propia entendida como 'nación', cuya realidad se comparte con otra 'nación' mayoritaria, o con otras 'naciones' minoritarias además de la mayoritaria, dentro del Estado en cuyo territorio están integradas. Y esto conecta con otra nota característica esencial afirmada por la Resolución: se trata de minorías que están localizadas en un territorio que consideran 'propio' dentro del territorio del Estado. En este sentido, también podrían ser minorías vinculadas con una 'comunidad nacional' que sea la mayoritaria en un Estado vecino, o minorías pertenecientes a diferentes Estados fronterizos, territorialmente vecinas, que pretendieran constituir una única 'comunidad nacional'³⁹.

Así pues, cuando calificamos a una minoría con el término 'nacional' estamos apuntando a la existencia en ella de una autoafirmación política frente al Estado, vinculada estrechamente con la posesión o dominio sobre un territorio. Las 'minorías nacionales' más reivindicativas en este ámbito suelen denominarse 'naciones sin Estado'. Precisamente esa conciencia de autoafirmación frente al Estado les conduce a reivindicar el ejercicio del derecho a la libre determinación como paso previo y necesario para un ejercicio pleno de sus derechos colectivos, en tanto que colectividad. No obstante, esas minorías suelen entender la autodeterminación en un sentido y con un alcance, que han evolucionado considerablemente en los últimos años, y que no supone necesariamente la constitución de un Estado propio a través de la secesión. A pesar de todo, el Derecho internacional continúa tratando a estas comunidades

³⁹ BEA, E., "Naciones sin estado. El reto de los derechos colectivos", cit., p. 94.

bajo el régimen general de protección de minorías sin otorgarles o reconocerles la titularidad del derecho de libre determinación⁴⁰.

4. APROXIMACIÓN A LA IDEA DE ESTADO-NACIÓN

Por lo que se refiere al Estado, podemos sintetizar básicamente tres visiones del fenómeno que, en parte, representan tres momentos diversos en su desarrollo histórico hasta su definitiva confluencia con el concepto de nación⁴¹.

a) El Estado como objeto de derechos

Hasta la revolución francesa, el príncipe, el rey, la nobleza y el alto clero formaban la nación. Bajo el concepto de Estado se entendían de modo general los partidarios de los príncipes y su aparato de poder. Maquiavelo —de quien proviene el concepto moderno de «Status» (Stato)—, consideró al Estado primariamente como objeto⁴². Las capas dirigentes del *Ancienne Régime* consideraban a los hombres y al país como una propiedad y vivían de ambos. La famosa frase *L'État c'est moi*, a partir de la convicción de que «el Estado me pertenece», presupone que la relación entre príncipe/clases altas, por un lado, y los súbditos por otro, se configuraba como una relación de Derecho privado. Bienes y personas se podían dejar en herencia, regalar o intercambiar⁴³.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 94-95.

⁴¹ Seguimos la distinción propuesta por VAN WISSEN, G., “Estado y nación”, cit., p. 133-137.

⁴² VIROLLI, M., *Por amor a la Patria*, cit., pp. 49-60.

⁴³ LLOBERA, J.R., *El dios de la modernidad*, cit., pp. 18-129.

b) El Estado como sujeto de derechos

En el absolutismo ilustrado, junto a otros sujetos de derechos, el Estado adquiere la categoría de sujeto portador de derechos y deberes. El príncipe se constituye, de acuerdo con esta concepción, en «portador de las funciones del Estado». Fue Federico el grande quien se definió como el primer servidor del Estado⁴⁴.

c) El Estado como pacto

Un nuevo paso adelante supuso la concepción del Estado como una relación jurídica entre el príncipe y los súbditos. Esa relación jurídica se suponía fundada sobre un hipotético e imaginario contrato originario: el contrato social. De acuerdo con la teorización de los filósofos contractualistas (en particular, Hobbes y Locke), el moderno Estado de Derecho se justifica en tanto en cuanto resulta garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La revolución francesa es la que consigue unir definitivamente los conceptos de Estado y Nación en una relación desconocida hasta entonces. En ese momento se produce la politización del concepto de nación que pasa a ocupar el lugar preponderante en la simbiosis de ambos. Fue Rousseau quien acuñó políticamente el concepto de Nación. No obstante, la expresión más clara se encuentra en la definición de l'abbé Sieyès, en su famoso escrito *Qu'est-ce le Tiers État?*, donde la Nación se considera como una colectividad de individuos que están bajo una misma ley y son representados por la misma asamblea legislativa⁴⁵. Desde este momento, no eran ya el príncipe y el estrato social superior quienes representaban a la nación sino el Tercer Estado. Se produce una ruptura según la cual el concepto de Nación deja de definirse en términos

⁴⁴ VAN WISSEN, G., «Estado y nación», cit., p. 134.

⁴⁵ VIROLI, M., *Por amor a la Patria*, cit., p. 105-121.

de pueblo, de biología o de raza, y se define exclusivamente en términos políticos. El propio pueblo (la *Nation*) se convirtió en protagonista tomando el poder en sus manos, tal y como se proclamaba en el art. 3 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* del 26 de agosto de 1789: «Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation...».

Ahora bien, ¿a qué se debe el protagonismo alcanzado por la nación como «comunidad de destino» en este preciso momento histórico? Cabría elucubrar mucho sobre la cuestión, pero se podría afirmar lo siguiente: los soportes del *Ancienne Régime* (monarquía absoluta, Iglesia católica y nobleza privilegiada) fueron eliminados por la revolución. Ya no había Dios, el rey era guillotinado y la nobleza privada de poder, puesta en fuga o también decapitada. La desaparición de los tres estamentos que hasta el momento unificaban y dotaban de cohesión y estabilidad al Estado feudal, a través de la fidelidad religiosa a la Iglesia y quasi-religiosa al monarca y a la nobleza, acabó dejando un gran vacío que debía ser rellenado. Solo la «Patria» o la «Nación» podían despertar sentimientos de fidelidad paralelos a los suscitados por Dios, la Iglesia o el Rey, que habían sido eliminados. Por otro lado, la relación con las antiguas instituciones era de sumisión (el Dios del deísmo, la corona o el clero no se podían amar sino obedecer), mientras que las nuevas relaciones establecidas con la Nación eran de libertad y soberanía. De aquí que el vacío institucional fuera ocupado por la «Nación deificada», de donde surge la *soberanía* que se constituye en el nuevo principio legitimador para la creación del Estado (soberanía externa) y para el orden político dentro del Estado (soberanía interna).

Sobre la base de la universalidad del Derecho natural racionalista, predominante en la época, y de la absoluta reivindicación de la igualdad de todos los hombres, la *Nación* no podía ser entendida sino en clave de

«comunidad de destino», de tal modo que podían ser ciudadanos del Estado todos aquellos (incluidos los extranjeros) que se solidarizaran con su causa: *el Pueblo es el referente político de la Nación*. Este papel preponderante alcanzado por la Nación-Pueblo, en su relación de «comunidad de destino» con el Estado, cambia de signo con las guerras napoleónicas, cuyo efecto fue el de despertar el interés por la propia “identidad nacional” en los pueblos ocupados, especialmente en Alemania e Italia, y más tarde en la Europa del Este. El imperialismo francés había traicionado el ideal de soberanía republicana de la revolución y la respuesta de los adversarios de Francia estuvo marcada por el sello nacionalista de reivindicación de lo étnico-nacional frente a la invasión.

De nuevo la *Nación* (el concepto de Pueblo enarbolado por los revolucionarios franceses) adquiere en el siglo XIX un papel protagonista, pero en esta ocasión lo hace ya como «comunidad nacional», troquelada por una identidad de origen, de lengua, de costumbres, de leyes. Alemania fue un caso prototípico, donde los ideales de la ilustración, exaltados por el romanticismo (Goethe, Fichte, Herder, Hegel...) con sentimientos cálidos a favor de la “comunidad nacional”, produjeron una sublimación del espíritu del pueblo alemán⁴⁶. En general, fue en el ámbito alemán de mediados del siglo XIX, donde se produce la más plena comprensión del Pueblo como la comunidad de los habitantes de un país que, por origen, lengua, ordenamiento estatal y conciencia, están vinculados entre sí. Esto condujo a una noción popular y política de Pueblo que, en este ámbito alemán, fue identificada con el concepto de Nación⁴⁷.

⁴⁶ VIROLLI, M., *Por amor a la Patria*, cit., pp. 141-175. Herder reconoció la idea nacional como formadora del Estado. Von Moser escribía en 1795: «somos un pueblo con un nombre y una lengua, bajo un jefe común, bajo unas leyes que determinan igualmente nuestra Constitución, derechos y deberes».

⁴⁷ VAN WISSEN, G., «Estado y nación», cit., p. 136.

El congreso de Viena (1815), donde se constituyó la Santa Alianza, intentó la restauración de las antiguas relaciones, poniendo de nuevo al príncipe en el lugar de la soberanía popular. Pero en esos momentos se pudo evidenciar que los sentimientos nacionales y la soberanía del Pueblo se mostraban irreversibles; de manera que la "identidad nacional" ya no podía entenderse representada por el príncipe sino por el Pueblo, ni el Estado podía asentarse sobre el absolutismo sino solo sobre el principio de soberanía popular. En este sentido, se consideraba «progresista» la lucha en favor de la autodeterminación nacional frente a la opresión extranjera, tal y como se demostró después de la primera guerra mundial, al incluir la autodeterminación como uno de los famosos 14 puntos del presidente americano Wilson, que lo calificó con plena convicción de presupuesto para la democracia.

En estas coordenadas, el principio de identidad nacional (comunidad nacional) fue empleado como principio legitimador y fundador del Estado. Así sucedió con la desmembración del imperio del Danubio y del Imperio Otomano, aunque no todas las comunidades nacionales tuvieron luego la oportunidad de constituir su propio Estado. El caso es que, desde el Congreso de Viena, *nación*, *nacionalidad* e *identidad nacional*, fueron contemplados como conceptos «positivos y progresistas». Fue a causa del nacionalsocialismo y del fascismo cuando se cernió sobre estos conceptos el descrédito. El odio racial y la orientación totalitaria e imperialista de estos regímenes provocaron que la identidad nacional, en cuanto que principio calificador de una comunidad nacional troquelada por las mismas costumbres, lengua y cultura, ya no pudiera ser aceptada como principio fundador o legitimador de un nuevo Estado.

5. CONEXIONES ENTRE LOS CONCEPTOS DE PUEBLO, NACIÓN Y ESTADO

Del análisis realizado en torno a los conceptos de *Pueblo, Nación y Estado*, se desprende que entre tales conceptos no se puede establecer una identificación automática, si bien tampoco cabe considerarlos como realidades sociales absolutamente inconexas y dispares.

El Estado constituye una forma de organización, históricamente más evolucionada, de las relaciones político-económicas de una comunidad, territorialmente definida mediante la conjugación del poder y de la solidaridad. Por ello, el Estado contribuye a la satisfacción de un amplio elenco de necesidades básicas (materiales y psíquicas) tanto de los individuos como de los grupos sociales⁴⁸. Precisamente por eso, el Estado representa la forma de organización a la que aspiran los *pueblos* para consolidar su propia existencia y la identidad común (integración cultural y social) que une a sus miembros. La historia nos dice que todo pueblo aspira a dotarse de una estructura estatal

⁴⁸ Desde una perspectiva funcional y estructural, podemos definir al Estado como: “toda comunidad humana establecida sobre un territorio y con capacidad para desarrollar sus funciones política y económicas, mediante la generación y organización de relaciones simultáneas de poder y de solidaridad que institucionaliza en su interior y proyecta hacia el exterior”. De esta definición se desprende, muy claramente, que el Estado debe contemplarse a partir de la conjugación de cuatro series de variables que convergen y se oponen mutuamente. Una primera serie de variables viene determinada por la correlación entre el *poder* (dominación) y la *solidaridad* (cooperación). En segundo término, en el Estado se estructura una segunda serie de variables, las que se refieren a las *relaciones políticas* y a las *relaciones económicas*. Un tercer lugar lo ocupa la correlación entre los fenómenos y actuaciones *internas* del Estado y sus actividades *exteriores*. Por último, la realidad estatal debe contemplarse también desde el juego recíproco, entre la dimensión *territorial* y la dimensión *funcional* que debe desempeñar”. (CALDUCH, R., *Relaciones Internacionales*, ed. Ciencias Sociales, Madrid, 1991, p. 119).

independiente (o a participar en un Estado ya constituido) para garantizar sus intereses y alcanzar sus propios objetivos políticos. Pero de esta realidad no cabe deducir que la existencia e identidad de un pueblo, como una forma particular de agrupación sociopolítica, tenga que desaparecer una vez constituido como Estado o integrado en un Estado, porque acabe subsumida o absorbida por la estructura del propio Estado.

Ciertamente, la estructura orgánica estatal, como expresión de unas determinadas relaciones político-económicas, asume una parte importante de los vínculos existentes entre los miembros de una comunidad, pero nunca puede llegar a borrarlos definitivamente, en todo caso puede llegar a transformarlos porque la existencia y actividad del Estado se desarrolla dialécticamente; combina la dominación con la cooperación y se proyecta no solo en el interior sino también hacia el exterior, lo que impide una identificación plena entre el *pueblo*, con los diversos grupos que lo conforman, y el Estado⁴⁹.

Precisamente porque el Estado no puede llegar a borrar las diferencias político-económicas y las desigualdades que subyacen en el seno de todo pueblo (en ocasiones hasta las acentúa) sería erróneo pensar que, una vez constituido como Estado, el *pueblo* desaparece como actor internacional relevante. Al contrario, todo pueblo mantiene viva su capacidad de retomar su protagonismo político al margen, por encima o en contra de la organización estatal. Como afirmó Engels en su obra *El papel de la violencia en la historia*: “En política no existen más de dos fuerzas decisivas: la fuerza organizada del Estado, el ejército, y la fuerza no organizada, la fuerza elemental de las masas populares”⁵⁰.

⁴⁹ CALDUCH, R., *Relaciones Internacionales*, cit., p 120.

⁵⁰ ENGELS, F., *El papel de la violencia en la historia*, B.A.S. (on line), párr. [408].

En efecto, aunque es patrimonio habitual del Estado organizar, movilizar y representar al pueblo, interna e internacionalmente, esta no es una facultad exclusiva de la institución estatal. El pueblo es, con frecuencia, organizado, movilizad y representado por otros grupos paraestatales, entre los que destacan los partidos políticos y los 'movimientos de liberación' (esenciales durante la etapa colonial) y, en ocasiones, incluso por ciertos dirigentes o personalidades que gozan de un liderazgo populista o «caudillaje».

El protagonismo internacional de los pueblos sometidos a dominación colonial, que lucharon por lograr su independencia estatal, terminó por ser reconocido jurídicamente en la memorable Resolución 1514(XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 14 de diciembre de 1960, bajo el título de 'Declaración sobre la independencia de los pueblos coloniales', en cuyo punto nº 2, como bien sabemos, se reconoce a "*todos los pueblos*" como sujetos titulares del derecho de libre determinación, en virtud del cual, "*determinan libremente su estatuto político y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural*".

A partir de aquí, la titularidad jurídico-internacional de *los pueblos* ha ido progresivamente afirmándose en conjunción, y a veces en competencia, con la titularidad jurídica de los Estados, como prueba irrefutable de la diversidad de realidades sociopolíticas que ambos representan. En efecto, también *los pueblos* han sido reconocidos como titulares del derecho a la soberanía permanente sobre los recursos naturales, por la Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, derecho recogido en el artículo 1-2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y también del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También en esta línea debemos mencionar la 'Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos', aprobada en Argel el 4 de julio de 1976, y en la que aparecen condensados en 30 artículos los

principales *derechos de los pueblos* (derecho a la existencia, derecho a la autodeterminación política, derechos económicos de los pueblos, derecho a la cultura, derecho al medio ambiente y a los recursos comunes, derechos de la minorías, y garantías y sanciones) en un claro paralelismo con la ‘Declaración Universal de Derechos Humanos’ de 1948.

Una de las pruebas más evidentes de que el hecho de que *los pueblos* consigan el objetivo de la estatalidad o su inserción en una estructura estatal ya existente no supone su disolución, está en los denominados ‘movimientos de liberación’. El protagonismo alcanzado por estos movimientos en el proceso descolonizador, ampliamente estudiado por Edmond Jouve⁵¹, radica precisamente en el papel que esas organizaciones político-ideológicas desempeñaron como núcleos de cohesión y movilización de diversos grupos sociales (etnias, tribus, clases sociales, etc.), en torno a unos programas políticos de independencia o de transformación revolucionaria de las estructuras político-económicas imperantes, hasta llegar a engendrar nuevas realidades colectivas en la esfera internacional a las que pueden calificarse como ‘pueblos’⁵².

El reconocimiento de los movimientos de liberación, por parte de los Estados y organismos internacionales, fue el cauce para reconocer la identidad propia de los pueblos colonizados y/o explotados. El caso más significativo lo constituye la concesión del estatuto de observador a la Organización para la Liberación de Palestina, aprobado por la Asamblea General el 22 de noviembre de 1974. Con anterioridad, en 1972, el SWAPO (*South West African People Organization*) había sido invitado como observador ante el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia y en el Comité de Descolonización. En otros foros internacionales

⁵¹ JOUVE, E., *Le droit des peuples (Que sais-je?)*, PUF, París 1986.

⁵² *Ibid.*, p. 95.

el reconocimiento de los movimientos de liberación ha sido también una constante desde los comienzos de la década de los años setenta⁵³.

Por otra parte, la relación entre la nación y el Estado, en algunos aspectos, presenta similitudes con lo referido para los pueblos, pero posee rasgos singulares. Ante todo, la nación constituye una realidad social integrada, en la

⁵³ La Organización para la Unidad Africana (OUA) había reconocido en 1973 un total de 12 movimientos de liberación. El reconocimiento internacional de los movimientos de liberación aun siendo, efectivamente, un instrumento político-diplomático muy importante para el afianzamiento de un pueblo en su lucha por la independencia, constituye también un instrumento de legitimación del liderazgo interno de tales movimientos ante sus respectivos pueblos, factor a considerar a la hora de comprender las características y conflictos que dominarán la vida política una vez los pueblos hayan culminado su independencia con la formación del nuevo Estado. En todo caso, hay que analizar bien el papel desempeñado por los movimientos de liberación, tanto en el plano interno como internacional, en la formación y actividad de los pueblos. Aunque movimientos de liberación como la OLP o el IRA irlandés fueron identificados como organizaciones terroristas, conviene recordar que el recurso al conflicto armado (en el contexto colonial) fue legitimado por la ONU en tanto que fuera instrumento necesario para el acceso a la independencia. Las organizaciones estrictamente terroristas son aquellas que, además de recurrir a actos subversivos violentos, carecen de una representatividad y apoyo popular generalizado, lo que les impide, a diferencia de los movimientos de liberalización, el poder recurrir a acciones de naturaleza estrictamente política o diplomática, nacional o internacionalmente. (Ibíd., p. 102). Como contrapunto a la actividad armada de los movimientos de liberación, el Derecho internacional ha tipificado también, con relación al derecho de los pueblos a su existencia, y a partir de las experiencias de la Segunda Guerra Mundial, el delito de genocidio. En efecto, el genocidio, término acuñado por el jurista polaco LEMKIN, significa el exterminio sistemático de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetrado por las fuerzas dominantes del Estado. Como tal delito ha sido regulado por la Convención sobre Prevención y Castigo de los Delitos de Genocidio, cuya entrada en vigor se produjo el 12 de enero de 1951 y que ha sido ratificada por la casi totalidad de los estados miembros de las Naciones Unidas. En esta Convención se considera genocidio, según el artículo II: "...cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) la matanza de miembros de un grupo; b) lesión grave de la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial; d) medidas destinadas a impedir el nacimiento en el seno del grupo; e) traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo".

que los vínculos que unen a sus miembros descansan, como vimos, en la identidad cultural, gestada y consolidada a través de la historia. Como señaló García Pelayo:

“A diferencia del pueblo, la nación no es una entidad natural sino una entidad creada por la historia, que desde la esfera natural ha ascendido a la de la cultura, a la capacidad de determinar su existencia y de crear su futuro. Es decir, la nación es el resultado del ascenso de un pueblo desde la inconsciencia histórica a la conciencia histórica, desde la necesidad a la autodeterminación, desde la actuación por causas a la actuación por motivos y con arreglo a fines planeados. Al revés que el Estado, la nación no está necesariamente vinculada a un territorio, aunque, ciertamente, pueda estarlo, no es una entidad territorial, sino personal. Al Estado le es inherente la soberanía, la coerción externa; a la nación –que es un orden constituido por participación, que es una *comunitas* y no una *societas*– le es inherente la autodeterminación”⁵⁴.

Cabe afirmar pues que los conceptos de nación y Estado tampoco son excluyentes ni necesariamente identificables, puesto que hacen referencia a realidades sociales distintas. Una *nación* puede coexistir, en el seno de un mismo Estado, con otras naciones o pueblos, al igual que puede subsistir participando de diversas estructuras estatales. La organización estatal no afecta, en principio, más que la esfera de las relaciones político-económicas que, aun siendo parte sustancial del sustrato cultural de una nación, no agotan en absoluto este sustrato.

Ahora bien, una nación exige, para su mantenimiento como tal, el desarrollo de una dimensión político-económica y, para ello, necesita participar en el marco

⁵⁴ GARCÍA PELAYO, M., *Historia de las ideas políticas*, Antrhopos, Madrid 2009, p. 79.

de las estructuras estatales. Solo cuando la acción de otros grupos sociales, nacionales o no, monopolicen los órganos del Estado o Estados en los que participa esa nación, llegando a condicionar y amenazar la supervivencia de su cultura propia, entonces, para preservar su existencia y la identidad cultural que le es consustancial, la nación aspirará legítimamente a constituir un Estado independiente, de raíces nacionales, o instará la modificación radical de las estructuras estatales imperantes. Como afirma Calduch, es la opresión cultural que pone en crisis la existencia nacional la que estimula la gestación de una ideología política orientada a alcanzar la independencia político-económica respecto de un determinado Estado, ideología a la que calificamos con el término nacionalismo. El *nacionalismo* es pues la ideología política que vincula o asocia incondicionalmente la existencia de una nación con la de un Estado independiente, en cuyo seno el grupo nacional sea exclusivo o, al menos, dominante⁵⁵.

Como afirma Renouvin⁵⁶ no cabe afirmar que toda nación, por la simple razón de su existencia, resulte tener una vocación *nacionalista*. Hay que distinguir entre el 'sentimiento nacional' y el 'nacionalismo' como exaltación discriminatoria del sentimiento nacional respecto de otros grupos nacionales. La nación no es aquel pueblo que logra controlar un Estado, como sostiene Deutsch, pero existen razones político-económicas que favorecen la discriminación nacionalista, es decir, la tendencia de una nación a dominar y discriminar a otros grupos culturales, mayoritarios o minoritarios, recurriendo al aparato de coerción del Estado⁵⁷.

Cuando en el seno de una comunidad nacional se dan las condiciones, internas y/o externas, que propician el desarrollo de un sentimiento nacionalista, que

⁵⁵ CALDUCH, R., *Relaciones Internacionales*, cit., p 128.

⁵⁶ RENOUVIN, P., *Historia de las relaciones internacionales*, t. II, siglos XIX y XX, p. 956.

⁵⁷ CALDUCH, R., *Relaciones Internacionales*, cit., p 129.

aspira a lograr la constitución de un Estado-nación independiente, este tiende a ser capitalizado políticamente por un grupo, partido político o movimiento de liberación nacional, que tratará de ocupar y monopolizar las nuevas estructuras de poder estatal apoyándose y movilizándolo al grupo nacional. En este sentido, el papel de los movimientos de liberación nacional (o simplemente de los movimientos nacionalistas), es muy similar al desarrollado por esos movimientos en el contexto de los pueblos colonizados, con la diferencia de que las 'comunidades nacionales' son mucho más estables y están mucho más cohesionadas internamente, lo que les concede una mayor capacidad de acción político-económica para concluir con éxito un proceso de independencia hacia la constitución del Estado. No obstante, los movimientos nacionalistas son grupos políticos que actúan también potenciando la discriminación nacional, una vez logran constituir el Estado-nación independiente, respecto de todos aquellos grupos culturales minoritarios que coexisten con el grupo nacional mayoritario en el seno de dicho Estado. En este sentido, los movimientos nacionalistas, cuyo protagonismo en el proceso de desarrollo de los Estados nacionales ha sido fundamental, también suelen convertirse, a su vez, en los agentes de dominación política de una nación respecto de otros grupos sociales ajenos a la misma⁵⁸.

Según afirma Calduch, los Estados con una organización centralista propiciaron esta tendencia a la dominación del grupo nacional que lograba el control del aparato estatal respecto de todas aquellas naciones o nacionalidades (naciones en formación) que se encontraban sometidas o incluidas en el marco político-territorial de tales Estados. En conjunción con la dominación político-económica ejercida por la nación dominante en esos Estados, se fue generalizando una dominación cultural orientada a implantar la

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 130.

cultura de la nación dominante como la cultura oficial del Estado plurinacional; es en esos momentos cuando los grupos nacionales dominados desarrollan su aspiración nacionalista para defenderse de los intentos desintegradores propiciados por la nación dominante en concurso con el aparato estatal. La historia del siglo XIX en el continente europeo es, en gran medida, la historia de las aspiraciones independentistas en numerosos grupos nacionales que culmina con la descomposición, tras la Primera Guerra Mundial, de los imperios plurinacionales como el Turco o el Imperio Austro-Húngaro en varios Estados independientes (Austria, Hungría, Checoslovaquia, Yugoslavia), realidad reconocida y recogida (con carácter general en el punto 5 y en particular, en los puntos 10 y 12) en la Declaración del presidente norteamericano Woodrow Wilson, de 8 de enero de 1918⁵⁹.

Por el contrario, continúa Calduch, la organización descentralizada del Estado, ya sea mediante la fórmula federal o confederal, favorece la coexistencia de una diversidad de grupos nacionales en el seno de un mismo marco estatal, al permitir a cada nación gozar de un cierto grado de autonomía política a través de la cual preservar y defender su identidad cultural, al tiempo que se reservan al Estado aquellas funciones político-económicas fundamentales que garantizan la unidad administrativa y territorial, tanto en el interior como hacia el exterior. En una organización estatal descentralizada, aun cuando un grupo nacional llegue a controlar los órganos básicos del poder del Estado, federal o confederal, verá dificultada su capacidad para llegar a dominar culturalmente a los restantes grupos nacionales, gracias al control ejercido por éstos de los órganos de poder de los Estados federados o confederados⁶⁰.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 131.

⁶⁰ Para Calduch, también cabría considerar una relación dinámica y dialéctica entre los pueblos y las naciones. Un pueblo puede llegar a configurarse como una nación en la medida en que su existencia histórica como colectividad le posibilite ir generando unos vínculos de integración

6. NACIONES Y NACIONALISMO

En el periodo de posguerra, comenzó a abrirse paso con fuerza la idea de que una Europa unida representaba la mejor garantía para la paz y la prosperidad económica. La paz se presentaba como un objetivo prioritario que pusiera fin a la tentación bélica de los particularismos etno-nacionalistas y una enemistad entre Estados que había provocado dos guerras mundiales y unas cotas escalofriantes de destrucción y de muerte. La integración económica se consideró la vía más persuasiva y adecuada para iniciar ese proceso unificador, dejando para un segundo momento la integración política de todos los pueblos de Europa. De este modo, la Comunidad Económica Europea — cuyo germen estuvo representado por Alemania, Francia, Italia, Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo, con el paraguas protector de la OTAN frente a la amenaza soviética—, se constituyó en un club que ofrecía un modelo económico muy atractivo del que pronto desearon formar parte muchos otros Estados europeos. El paso del tiempo ha demostrado que no era la vía económica el camino natural para la construcción de la pretendida unidad política. Entre otras cosas, por la dificultad que supone recrear una comunidad

cultural que trasciendan el marco limitado de las relaciones políticas y económicas. Análogamente, la realidad nacional no es una situación que garantiza indefinidamente la integración social entre sus miembros. Al igual que, por un dilatado proceso de integración cultural, se puede lograr la transformación de un pueblo en comunidad nacional, también puede generarse mediante un proceso de desintegración o pérdida de la identidad cultural propia, la transformación de una nación en una colectividad popular. En realidad, estos procesos de transición entre ambas formas de grupo social (pueblos y naciones) son los que dominan el panorama de las estructuras sociales internas y de las relaciones exteriores de los Estados, y en estos procesos de ordenación y alteración de las sociedades inciden, de manera muy particular, no solo las transformaciones experimentadas por las fuerzas políticas o los factores de producción de tales sociedades, sino también las modificaciones experimentadas en las ideologías y valores dominantes en las mismas (*Ibid.*, p. 132).

espiritual, basada en un precipitado histórico de valores europeos comunes, si es que una tarea de ese calibre fuera realmente posible y este tipo de valores fueran realmente existentes⁶¹.

En todo caso, cuando parecía inapelable —e inaplazable— la construcción de esa unión política europea y cuando ya se habían puesto en marcha mecanismos encaminados a depositar en una instancia supranacional las funciones de los viejos —y supuestamente obsoletos— Estados nacionales, germinó con fuerza inusitada a final del siglo XX una tendencia opuesta, reflejada en el recrudescimiento del nacionalismo de Estado, del etno-nacionalismo, del nacionalismo fundamentalista y del regionalismo.

Cabe identificar tres fenómenos que podrían situarse en la base y el origen de los tres principales modelos del nacionalismo emergente. En primer lugar, la caída del muro de Berlín fue uno de esos sucesos, tan trascendentales como imprevistos. Como ya sucedió con otros acontecimientos históricos, los dirigentes de la humanidad y sus vanguardias intelectuales se vieron sorprendidos por este fenómeno que no habían previsto. Con él vino la desaparición del comunismo y la superación de un mundo bipolar que, curiosamente, llevó aparejada la sucesión de múltiples conflictos étnico-nacionales, en su gran mayoría sangrientos. En ese contexto y en el ámbito de la Europa oriental, surgieron los denominados *nacionalismos poscomunistas*⁶². El hundimiento del sistema soviético dejó al descubierto una serie de fuerzas que habían permanecido congeladas o dormidas durante más

⁶¹ GALTUNG, J., *The European Community: a superpower in making*, Allen and Unwin, Londres 1973; GARCÍA-SMITH, M., *European identity and the search for legitimacy*, Printer, Londres 1993. Sobre el complejo proceso de creación de las identidades nacionales en Europa en la Edad media y su posterior consolidación en la modernidad vid. LLOBERA, J.R., *El dios de la modernidad. El desarrollo del nacionalismo en Europa occidental*, Anagrama, Barcelona 1996.

⁶² SARTORI, G., *La democracia después del comunismo*, Madrid, Alianza, 1990.

de medio siglo. De este modo, naciones cuya existencia permanecía solo como un eco o una sombra en la memoria colectiva, brillaron de nuevo en el panorama internacional y Estados que parecían consolidados para siempre, mostraron sus pies de barro (el fenómeno de la unificación alemana y la disgregación de Checoslovaquia o Yugoslavia resultan paradigmáticos). Curiosamente, en el mundo excomunista, la exaltación de lo nacional y de lo étnico permanece siempre en un indiscutible primer plano.

Un segundo modelo surge ligado al complejo proceso de transformación política al que están siendo sometidos los Estados-Nación en el ámbito occidental⁶³. Se está produciendo en ellos un progresivo estrechamiento competencial junto a importantes restricciones de soberanía. No se trata de una crisis existencial (porque sobre ellos se seguirá construyendo el mundo futuro), pero el acelerado proceso de transferencia de símbolos y parcelas soberanas a las entidades supranacionales (Unión Europea, Mercosur, NAFTA, etc.), acompañado de sustanciales traspasos de poder político y de servicios esenciales a las regiones y nacionalidades interiores (Inglaterra, España, Italia, etc.), han provocado una cierta crisis de los Estados tradicionales, al tiempo que un reforzamiento de las subunidades locales y nacionales no estatales. En este contexto surgen los denominados *nacionalismos soberanistas*, fruto de las reivindicaciones de determinados grupos nacionales, existentes en el interior de los estados plurinacionales que, al abrigo de amplias parcelas de autonomía ya consolidadas, se presentan y se legitiman a sí mismos como “naciones” que aspiran a un pleno reconocimiento de su soberanía estatal e independencia (Quebec, Escocia, Cataluña o el país vasco resultan paradigmáticos en la actualidad)⁶⁴.

⁶³ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, principios, derechos*, Madrid, Trotta, 1997.

⁶⁴ TALAVERA, P., “Nacionalismo, identidad, pluriculturalidad”, *Persona y Derecho* nº 49 (2003): p. 435,

En tercer lugar, han aparecido los denominados *nacionalismos reactivos*, presentes fundamentalmente en el ámbito de la Europa occidental, desarrollada y democrática, pero con un marcado carácter xenófobo y excluyente, como resultado de la creciente presencia de poblaciones inmigrantes que, a menudo, son diferentes en cuanto a religión, raza, lengua y cultura. Estas comunidades étnicas, que ocupan con frecuencia los escalones más bajos de la estructura socioeconómica de los Estados occidentales, son percibidas por un amplio porcentaje de la población autóctona como una amenaza potencial o real a la identidad nacional del país⁶⁵.

La constatación de este panorama de reivindicaciones de lo étnico-nacional en medio de una dinámica global de tendencia a la unidad política, no ha hecho sino reafirmar una valoración, si cabe aún más negativa del nacionalismo, como promotor de una inaceptable tendencia disgregadora (secesionismo) o como incitador de un sentimiento excluyente y xenófobo (homogeneidad cultural) que ha desembocado en una notable demonización del mismo. Desde esta perspectiva, el nacionalismo se dibuja como un espectro que amenaza con su trasnochado e irracional particularismo el definitivo impulso universalista exigido por una sociedad del futuro que desea edificarse sobre la paz, la

⁶⁵ ALVAREZ DORRONSORO, I., *Diversidad cultural y conflicto nacional*, Talasa ediciones, Madrid 1993. En este sentido, los Estados han desarrollado un cierto número de estrategias para hacer frente a los aspectos más conflictuales del problema: controles más estrictos de inmigración, políticas de asimilación (que han fracasado debido a la diversidad de los inmigrantes y a la resistencia de los autóctonos occidentales) y la idea del multiculturalismo y el multinacionalismo (que aunque se ha presentado como alternativa al asimilacionismo, también cuenta con la resistencia de las poblaciones autóctonas). Desde esta perspectiva puede afirmarse que el estado francés ha seguido tradicionalmente una política asimilacionista; el estado alemán tiene criterios muy restrictivos respecto a la nacionalidad, lo cual tiende a perpetuar la existencia de una comunidad de ciudadanos y una comunidad de no ciudadanos; los gobiernos del Reino Unido y los Países Bajos han sido partidarios de una política multiculturalista y los países de la Europa Meridional no tienen aún políticas claras al respecto debido a que el fenómeno de la inmigración es todavía reciente y los ha pillado por sorpresa.

libertad y el bienestar. En efecto, la palabra nacionalismo es proferida desde casi todos los ámbitos políticos como la definitiva y última explicación a la existencia cotidiana de crímenes espantosos y también como una fuerza disgregadora que, en última instancia, amenaza la estabilidad y el futuro de todo el orden europeo⁶⁶.

Los violentos conflictos nacionalistas surgidos en la guerra de los Balcanes, acompañados por fenómenos de auténtica “limpieza étnica”, contribuyeron a generar un proceso de demonización de todo nacionalismo, apuntalando un indisoluble matrimonio entre este concepto y los de secesionismo y xenofobia. No parece, sin embargo, que tal identificación resulte siempre fundada⁶⁷.

En efecto, mediante la identificación del nacionalismo con el secesionismo (separatismo, balcanización, etc.), se juzga el fenómeno desde una perspectiva exclusivamente política, en clave de poder, y se proyecta sobre el tema un curioso proceso de restricción mental: las fuerzas que llevan a una nación a luchar por la autonomía o la independencia se consideran ilegítimas, desestabilizadoras y perversas; mientras que aquellas que la mantienen sometida a unas determinadas estructuras estatales, se consideran en cambio legítimas, armonizadoras y garantes del progreso y la paz. Ni la historia ni el Derecho parecen aportar elementos tan contundentes como para deslegitimar con claridad a uno u otro posicionamiento. De manera que, si como dijo alguien, el *nacionalismo* es el *patriotismo* de los otros, el secesionismo de unos bien puede contemplarse como la lógica del *ethnos*.⁶⁸

En todo caso, no se puede negar la creciente erosión de los Estados multinacionales. En efecto, durante todo el siglo XX la tendencia hacia la

⁶⁶ TALAVERA, P., “Nacionalismo, identidad, pluriculturalidad”, cit., p. 439.

⁶⁷ LLOBERA, J.R., «Estado soberano e identidad nacional en la Europa actual», cit., pp. 140-145.

⁶⁸ TALAVERA, P., “Nacionalismo, identidad, pluriculturalidad”, cit., p. 440.

soberanía por parte de pequeñas naciones ha sido constante, lo cual hace suponer que, muy probablemente, el impulso continuará durante el presente siglo. Ahora bien, el proceso disgregador de la Europa oriental ha dejado clara una cosa: que la soberanía no es una precondition para el desarrollo económico o para la estabilidad política; de ahí que la reivindicación de la nación y la lucha por la autodeterminación responden a motivaciones que van más allá de una mera ambición de poder político o de *status* económico. Necesariamente deberemos buscar en ello un sentido y una motivación más profundos⁶⁹.

Por otra parte, la demonización del nacionalismo se hace presente en el contenido peyorativo que el término recibe en la práctica totalidad de la literatura política actual. Aunque la palabra es ambigua y puede reflejar significados muy diversos, se tiende a considerarlo casi exclusivamente como un amor extremo e irracional hacia la nación (entendida esta como expresión

⁶⁹ Por otro lado, sugerir que la existencia de Estados pequeños crea inestabilidad es contrario a la experiencia histórica. En Europa han sido casi siempre los Estados grandes quienes han provocado los conflictos. Los Estados pequeños existentes en la actualidad en la Europa occidental (hay seis que son minúsculos) no son por lo general fuentes de inestabilidad, sino países abiertos y pacíficos. En esta línea, Leopold KOHR, en su libro titulado *The breakdown of nations* (Londres, 1957), sugería que un mundo formado por Estados pequeños era un mundo más atractivo para vivir que un mundo formado por Estados grandes. A fin de cuentas, un dictador andorrano nunca podría ser tan funesto como un Hitler presidiendo una Alemania expansiva o un Stalin presidiendo una Unión Soviética en expansión. Kohr pensaba que la federación europea del futuro solo podría tener éxito si los estados grandes eran divididos en sus unidades constituyentes más pequeñas. En definitiva, propugnaba un retorno a la Europa de las naciones medievales tradicionales. En cierto sentido, la Europa de las regiones se aproxima a esta idea. Sin embargo, resulta patente que, ante el aumento de las reivindicaciones de autodeterminación por parte de naciones pequeñas, la única respuesta que se contempla consiste en buscar fórmulas políticas nuevas que permitan acomodar esas tendencias sin recurrir a la independencia formal, como si esa independencia representara el peor de los males y el más funesto ataque al progreso y a la paz (LLOBERA, J.R., "Estado soberano e identidad nacional en la Europa actual", cit., pp. 141-142).

excluyente de una identidad de lengua y cultura en un territorio)⁷⁰, hasta el punto de que, llegado el momento, se debe estar dispuesto a sacrificar todo por esa causa (incluso la vida). También se suelen asociar al nacionalismo emociones del tipo más primitivo, razón por la cual se le conecta con frecuencia al «tribalismo», entendido este como la exaltación irracional de pasiones ancestrales, completamente ajenas a la civilización. Incluso el noble y deseable concepto de patriotismo (amor a la república como expresión de unas instituciones y una forma de vida que defiende la libertad y la igualdad de quienes conviven en un espacio común) ha sido supuestamente infectado por el nacionalismo y confundido con el amor a la nación (expresado en defender y reforzar la homogeneidad cultural, lingüística y étnica de un pueblo)⁷¹.

⁷⁰ Con frecuencia el nacionalismo se ha presentado como una especie de *Kulturkampf*, es decir, una tendencia a la creación de una uniformidad cultural en espacios geográficos cada vez más amplios. Con independencia de que sea o no cierto, el objetivo resulta de imposible alcance. Como afirma Llobera, la uniformidad cultural tiende siempre a generar su opuesto, algo así como la cantonalización cultural. Suele admitirse, por ejemplo, la idea de que existe una cultura global (criticada por la izquierda como la americanización del mundo), pero en realidad no existe tal cosa, lo que existe realmente es un sistema de comunicación global, que actualmente sirve de vehículo a la cultura norteamericana, pero que podría utilizarse también de manera diferente. Así pues, no debemos perder de vista que los productos más genuinos de la posmodernidad son la hibridación y la celebración de la variedad y la diferencia. De manera que todo intento de imponer una uniformidad cultural resultaría una quimera tan inútil como irrealizable (LLOBERA, J.R., "Estado soberano e identidad nacional en la Europa actual", cit., p. 142-143).

⁷¹En este sentido resulta interesante el trabajo de VIROLLI, M., *Por amor a la Patria*, cit., en su intento de reconstruir y distinguir la línea histórica y conceptual de los términos nacionalismo y patriotismo, delatando su utilización partidaria para fines políticos e ideológicos muy distintos. Virolli aboga por la defensa de un patriotismo sin nacionalismo, aunque reconoce la victoria ideológica del lenguaje del nacionalismo que ha relegado al lenguaje del patriotismo a los márgenes del pensamiento político contemporáneo (p. 202). Reconoce Virolli la dificultad de traducir los vínculos de lengua, cultura e historia, que son los constitutivos más fuertes de la compasión y la solidaridad cívica, en «amor a la libertad común», que es el constitutivo esencial del amor a la patria (p. 26). De aquí que defienda la necesidad de recuperar un

De acuerdo con esta visión, se presenta casi como un imperativo volcar sobre el nacionalismo un juicio profundamente negativo que le imposibilita para expresar cualquier tipo de sentimientos o ideales positivos. Y, sin embargo, por virtud del nacionalismo también hemos visto producirse fenómenos loables de heroísmo, de lucha contra la opresión, de construcción de una nación; así como manifestaciones culturales (literatura, arte), que no podemos reprochar ni condenar sino, por el contrario, admirar y respetar⁷².

Hitler fue un nacionalista y su programa lo fue genuinamente hasta el extremo. Y esto llevó a su contemporáneo Stefan Zweig a exclamar, en pleno horror nazi, en 1941 (un año antes de suicidarse): *«He visto nacer y expandirse ante mis propios ojos..., la peor de todas las pestes, el nacionalismo, que envenena la flor de nuestra cultura europea»*. Pero Ghandi también fue, a su manera, un nacionalista y su nacionalismo –bien distinto al nazi–, creó la India de hoy. Fue el nacionalismo surgido de la Ilustración y del Romanticismo el que ayudó a configurar las naciones de Europa en el siglo XIX, pero es también nacionalista el movimiento que cuestiona muchos de esos estados-nación en la actualidad.

patriotismo republicano, que supone amar aquello que tenemos en común con otros, sin tener en cuenta que sea exclusivamente nuestro, frente al patriotismo de la tierra, en cuanto amor a un lugar cuya posesión exclusiva nos hace sentir mejores que los demás (cfr. o. c., p. 81). Su intento de perfilar el patriotismo como un amor a la libertad común trata de superar la concepción habermasiana del patriotismo constitucional, acusado por Rusconi de no tener en cuenta que el tipo occidental normal de identidad nacional se basa en una síntesis de principios universales de ciudadanía, y datos o formas de vida prepolíticas de tipo étnico o cultural. De manera que la ciudadanía constitucional florecería no contra sino a través o dentro de elementos étnicos y culturales. Habermas quiere hacer de la ciudadanía lo más universal y político posible mientras que Rusconi pretende hacerla lo más nacional posible. Para Virolli, tanto uno como otro van demasiado lejos (cfr. *Por amor a la patria*, cit., p. 217-219).

⁷² TALAVERA, P., “Nacionalismo, identidad, pluriculturalidad”, cit., p. 441.

El viejo aforismo aparece siempre cargado de sentido: «*Es bueno mi nacionalismo y repulsivo el tuyo*»⁷³.

A la vista de esta tensión de contrarios no parece descabellado pensar que el nacionalismo carezca de contenido predeterminado, de modo que, siendo un simple depositario de significados, pueda recoger y reflejar las mejores o las peores realidades de una nación, desde las democráticas y liberales hasta las totalitarias o las fundamentalistas⁷⁴. Solo en función de ese contenido cabe valorar el papel (positivo o negativo) que hoy están desempeñando los nacionalismos ante la realidad de un mundo globalizado.

Como ha recordado McCormick, acogiendo la distinción dworkiana, no deberíamos confundir el concepto de nacionalismo con una determinada concepción del mismo. Según el autor escocés, la teoría ortodoxa se engaña al confundir las concepciones hegelianas decimonónicas de nación y nacionalismo con el nacionalismo mismo⁷⁵. El nacionalismo carece de contenido predeterminado. Ha habido y hay diversas concepciones de nacionalismo. Lo que marca la diferencia entre unas y otras es la ideología a la que están asociadas. Si el nacionalismo se asocia a ideologías democráticas y pluralistas, el resultado será completamente diferente que si aparece asociado a ideologías xenófobas y exclusivistas⁷⁶.

Así pues, el concepto de nacionalismo conlleva el sentimiento de pertenencia a una comunidad determinada por una cultura común, que incluye a menudo una lengua específica, ligada a un territorio concreto, que posee una historia compartida, con conciencia de identidad y con pretensión y vocación de decidir

⁷³ JAUREGUI, R., "Nacionalismo", en *Glosario para una sociedad multicultural*, Fundación Bancaixa, Valencia 2003, p. 262.

⁷⁴ LLOBERA, J.R., «Estado soberano e identidad nacional en la Europa actual», cit., p. 144.

⁷⁵ MacCORMICK, N., "Nació i nacionalisme", cit., p. 390.

⁷⁶ TALAVERA, P., "Nacionalismo, identidad, pluriculturalidad", cit., p. 442.

sobre su futuro político y desarrollar institucionalmente su singularidad histórica y cultural. Ahora bien, las concepciones del nacionalismo ligadas a la doctrina de la soberanía estatal y del estado-nación, obedecen a una idea del nacionalismo profesada por los teóricos del siglo XIX, para los cuales la ecuación nación=estado=soberanía se planteaba de modo unitario y absoluto⁷⁷.

7. IDENTIDAD NACIONAL FRENTE A HOMOGENEIZACIÓN ESTATAL

Resultaría superficial pensar que la *identidad nacional* ha sido el instrumento buscado por determinadas colectividades para luchar contra la caudalosa corriente globalizadora. Hay algo más profundo en ella que la conecta con la constitución antropológica de la propia identidad personal y que se manifiesta en la dimensión relacional que define a todo ser humano. Esa dimensión relacional es la que se proyecta a la hora de construir el modelo de comunidad política en la que se vive. Veámoslo con detenimiento.

Parece claro que el papel de la *nación* y de la *identidad nacional* está muy relacionado, ya desde el siglo XVII, con el desarrollo de las dos grandes escuelas de Derecho de occidente: la escuela racionalista del Derecho natural de los siglos XVII y XVIII (Grocio, Puffendorf, Hobbes, etc.) y la escuela histórica del Derecho, en especial a partir del siglo XIX (Savigny, Grimm). En efecto, la *escuela racionalista*, al conceptuar al Estado como una comunidad jurídica que nace de un «contrato originario» (por medio del cual, determinados individuos deciden unirse bajo ciertos presupuestos), indica como fundamento para su formación, no la «comunidad nacional» —de origen, historia, lengua y

⁷⁷ BEA, E., “Naciones sin Estado: la asignatura pendiente de la construcción europea”, cit., p. 139.

cultura—, sino a la «comunidad de destino», basada en la voluntad de los interesados. Para la *escuela histórica*, por el contrario, al estar estrechamente vinculada con el romanticismo, considera primariamente al individuo como parte de una comunidad originaria (familia, pueblo) que se ha constituido, en función de una lengua y una cultura propias, por unas costumbres y unas leyes propias. Desde esta concepción, el Estado solo puede ser el reflejo jurídico de una ‘comunidad nacional’⁷⁸.

Después de la segunda guerra mundial y del delirio racista del nacionalsocialismo, pasaron a primer plano de la escena política y jurídica los Derechos Humanos, como fundamento y presupuesto de la relación entre el Estado y sus ciudadanos. El descrédito que el nacionalsocialismo había proyectado sobre la *escuela histórica* y su exaltación del espíritu del pueblo, de la nación y de la raza, impulsó a fundamentar la comprensión e interpretación de los derechos fundamentales sobre los postulados de la *escuela racionalista*. Esta decantación fue perfilando progresivamente un concepto de ciudadano tamizado por la individualidad y sustraído de la red de vinculaciones mediante las cuales todo ser humano se inserta en la sociedad. En efecto, desde esta concepción, el hombre es considerado por el Estado y por el Derecho primariamente como un individuo, como un sujeto individual –abstracto y anónimo– de derechos y deberes. La idea de lo universal, lo eterno y lo abstracto aplicado al concepto de naturaleza humana, propio del iusnaturalismo racionalista, suponía una igualdad ideal entre todos los hombres. Además, en su dimensión social se otorga a este presupuesto de igualdad ideal una

⁷⁸ VAN WISSEN, G., “Estado y nación”, cit., pp. 145-146.

fuerza jurídica, de manera que toda desigualdad debe demostrarse y todo trato desigual debe necesariamente justificarse⁷⁹.

Sobre estos presupuestos se edificó un concepto de comunidad constituida sobre un conjunto de individuos anónimos, a quienes el Estado y el Derecho solo contemplan en su dimensión externa; donde las diferencias tienden a ser declaradas irrelevantes y donde las señas de identidad personales, en las relaciones entre el Estado y los individuos, desaparecen o se disuelven mientras que se fortalece y se fortifica cada vez más la esfera de la intimidad y la privacidad, lugar al que son desplazados la moral y la religión. En estas coordenadas, el marco de relaciones entre el individuo y el Estado resulta cada vez más objetivado y menos personalizado. En efecto, el Estado se convierte cada vez más en una «sociedad de responsabilidad limitada para determinadas prestaciones» y los ciudadanos en «clientes de una empresa de prestación de servicios»⁸⁰.

Así pues, encuadrados en este esquema (individuo/cliente, frente a Estado/sociedad limitada) los individuos se sitúan en una exclusiva relación de *do ut des* con el Estado (en una relación casi jurídico-privada como clientes de este Estado), pero carecen de cualquier otro vínculo relacional que les una al Estado o entre ellos. De este modo se disuelve la comunidad y se genera una sociedad invertebrada presidida por el desarraigo, el individualismo, la

⁷⁹ Este postulado de una igualdad ideal de todos los seres humanos y de la consideración de la diferencia como jurídicamente irrelevante, a no ser que exista una objetiva justificación, es la causa de que se hayan planteado cuestiones que suscitan perplejidad en amplios sectores, especialmente en lo referente a la igualdad del hombre y la mujer, como, por ejemplo, el matrimonio de homosexuales, la adopción de menores por estas parejas, las bajas laborales por maternidad de los hombres, etc. (TALAVERA, P., “Nacionalismo, identidad, pluriculturalidad”, cit., p. 444).

⁸⁰ VAN WISSEN, G., “Estado y nación”, cit., p. 146.

insolidaridad y la indiferencia, que acarrea como efecto trágico la disolución de la identidad del propio Estado⁸¹.

Como recordó Ferdinand Tönnies, a principio de siglo, existen dos modelos de relación interpersonal, la societaria y la comunitaria. La primera se constituye como mera agregación de individuos y está regida por el interés. La segunda se constituye como una comunidad de personas y se rige por la solidaridad. Así pues, si prevalece la concepción societaria de Estado, como simple agregación de individuos anónimos e idealmente iguales, vinculados jurídicamente al mismo mediante una especie de contrato de prestación de servicios, resulta prácticamente imposible mantener su cohesión interna, por efecto de la falta de identificación de los ciudadanos con una estructura abstracta y representada por la burocracia. En última instancia, el Estado parecería destinado a desaparecer en beneficio de cualquier otra entidad gestora que aportara mayor eficacia en la prestación de servicios. Esto confirmaría la tendencia, denunciada insistentemente en estos últimos tiempos, de la sustitución de la política por la gestión de la economía y la consolidación cada vez más inquietante del pensamiento único y la globalización⁸².

Ahora bien, no parece que el ser humano pueda acabar identificándose con un modelo de individuo anónimo y abstracto, sino que parece más sensato considerar su verdadera realidad de sujeto de carne y hueso, que habla una lengua, tiene un origen familiar concreto, ha adquirido unas costumbres determinadas y ha asumido los valores propios de una cultura, sin perjuicio del enriquecimiento y las influencias de toda índole que hayan tenido lugar en el proceso de formación de su personalidad. Todo individuo real es un "individuo contextual". Del mismo modo, tampoco parece que el Estado pueda construirse

⁸¹ RAMONET, I., *Un mundo sin rumbo. Crisis de fin de siglo*, Debate, Madrid 1997, en particular, pp. 29-30 y 133-155.

⁸² *Ibíd.*, en especial, p. 53-187.

y mantenerse como una simple estructura asistencial basada sobre la vinculación jurídica de individuos anónimos, prescindiendo de su dimensión de comunidad de personas ligadas entre sí por una cierta historia común y por una serie de valores sociopsicológicos⁸³.

Para Isaiah Berlin, el cosmopolitismo está vacío puesto que los individuos no pueden desarrollarse si no pertenecen a una cultura. La soledad, afirma, no es la simple ausencia de otros, sino vivir entre gente que no entiende lo que dices. Solo se puede ser comprendido de verdad cuando se vive en una comunidad en la que la comunicación se da sin esfuerzo, de una manera casi instintiva. En el caso de que los hombres y las mujeres no se reconocieran en una cultura, no se sintieran más cerca de unas personas que de otras, se produciría una pavorosa disecación de lo humano. Un idioma universal (fuera de los negocios o la política), destinado a comunicar emociones y expresar vidas interiores, no será nunca signo de una cultura universal sino la muerte de la cultura. La gente, afirma Berlin, se rebelará tarde o temprano contra la uniformidad⁸⁴.

MacCormick ha descrito bien esta realidad: no se puede llegar a ser un individuo humano completo sin la adquisición de un nombre, el aprendizaje de una lengua y la adquisición de una cultura. Todos nuestros compromisos y relaciones con los demás nos convierten en las personas que somos. Nuestro sentido de la identidad surge de nuestra experiencia de pertenecer a comunidades significativas como las familias, las escuelas, los grupos religiosos, y también las naciones concebidas como comunidades culturales dotadas de relevancia política. Para cada uno de nosotros, una "nación", aunque no solo una nación, puede proporcionarnos un marco conceptual que

⁸³ TALAVERA, P., "Nacionalismo, identidad, pluriculturalidad", cit., p. 446.

⁸⁴ BERLIN, I., *Nacionalismo*, Valencia, Tandem, 1997, p. 74-82.

nos permita comprender nuestra existencia situada dentro de una continuidad en el tiempo y de una comunidad en el espacio⁸⁵.

La persona no puede prescindir en su definición de la idea de “arraigo”, que constituye una parte insustituible de su identidad. Incluso para muchos, la pertenencia a una nación es uno de los elementos más valiosos de su identidad⁸⁶. Por encima del territorio, el elemento más importante del arraigo es la lengua, como instrumento que vincula esencialmente al sujeto a la historia de un pueblo, a su cultura y a su significado. Si una lengua se pierde, desaparece el vínculo con los antepasados, con una cierta percepción del mundo y, en cierto modo, con unos valores. Suele hablarse del coste de mantener una lengua, cuando lo que debería calcularse verdaderamente es el coste incalculable que supone perderla⁸⁷.

Como afirma Talavera, en buena medida, el rebrotar de los nacionalismos en el último tercio del siglo XX, a nuestro modo de ver, pueda explicarse como una necesidad de recuperar lo particular y vital que une a individuos en una comunidad, frente a la imposibilidad de identificarse y amar lo anónimo, abstracto y universal. Ante una estructura anónima con la que no se puede establecer otro vínculo que no sea el jurídico-contractual, el ser humano busca

⁸⁵ MacCORMICK, N., “Libertad, igualdad y nacionalismo”, cit., pp. 37-38. E. Bea, alude también a otros autores como Simone Weil o Emmanuel Mounier, que han resaltado el papel de la comunidad como constitutivo esencial de la identidad personal (BEA, E., “Naciones sin Estado: la asignatura pendiente de la construcción europea”, cit., p. 153-154).

⁸⁶ Por eso, como ha recordado Michael Walzer, tan inmoral puede ser la conducta guiada por un particularismo que excluye otras lealtades más amplias como la orientada por un cosmopolitismo que invalida otras lealtades más estrechas. La polémica suscitada y recogida por el ensayo de NUSSBAUM, M., *Los límites del patriotismo*, Barcelona, Paidós 1999, se encamina a conseguir una formulación de ambos fenómenos que permita integrarlos como complementarios.

⁸⁷ BEA, E., “Naciones sin Estado: la asignatura pendiente de la construcción europea”, cit., p. 155.

(necesita recuperar, quizá) una dimensión más cercana y sentimental, y parece encontrarla en la comunidad nacional, un ámbito donde se siente acogido y atendido en una relación más personal y menos jurídica, donde deja de ser anónimo para ser reconocido, donde se siente gustosamente a salvo porque se expresa en su lengua y reconoce como propias sus costumbres y su cultura. Un Estado en el que los ciudadanos no están dispuestos a identificarse — también emocionalmente— con él está destinado a la desintegración. La relación Estado/ciudadanos no puede ser solo jurídica, sino que debe mostrar también una cierta dimensión emocional (patriótica). Por consiguiente, puesto que no se puede entablar una relación emocional con lo universal, abstracto y anónimo, esto nos lleva a pensar que la cohesión de todo Estado depende en gran medida del cuidado y la valoración de la propia identidad nacional. Es más, podría pensarse que la conciencia de identidad nacional es no solo conveniente sino indispensable para que pueda establecerse una auténtica ‘comunidad estatal’ entre los ciudadanos⁸⁸.

8. LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS COMO DERECHO

El 14 de diciembre de 1960 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales* —Resolución 1514 (XV)—, considerada como la Carta Magna de la descolonización⁸⁹. Un documento que encendió la mecha de uno de los debates más complejos y espinosos en el ámbito del Derecho

⁸⁸ TALAVERA, P. “Nacionalismo, identidad, pluriculturalidad”, cit., p. 459-465.

⁸⁹ La Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General fue aprobada el 14 de diciembre de 1960 por 89 votos a favor y 9 abstenciones. Aunque no hubo ningún voto en contra, entre los Estados que se abstuvieron se encontraban los que acaparaban las dependencias coloniales (Australia, Bélgica, España, Francia, Portugal, Reino Unido y Unión Sudafricana).

internacional y de la filosofía del Derecho en estos últimos tiempos: la titularidad y el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos.

Como ya dijimos, el nacimiento de un buen número de Estados en la primera década del siglo XXI, desmembrados de otros Estados europeos, cuya unidad parecía consolidada e incontestable en el concierto internacional y que nada tenían que ver con el contexto colonial, ha devuelto al primer plano un derecho cuyo ámbito natural parecía exclusivamente vinculado al proceso de descolonización de los territorios dependientes de los viejos Estados coloniales.

Así pues, en primer lugar, expondremos cómo se ha configurado y desarrollado el derecho a la libre determinación de los pueblos en la Carta de Naciones Unidas, en los Pactos Internacionales de 1966 y en las diversas resoluciones de la Asamblea General que han tratado sobre el tema, muy especialmente en las Resoluciones 1415 (XV) de 1960 y 2225 (XXV) de 1970.

Apoyándose en estos textos, una parte de la doctrina internacionalista, en la que se fundamentan los movimientos que defienden un 'nacionalismo disolvente'⁹⁰, sostiene que el derecho de autodeterminación debe proyectarse sobre un ámbito más amplio del contexto descolonizador que impulsó aquellas resoluciones de la de la ONU, abarcando hoy a 'todos los pueblos', más allá del contexto político en el que se encuentren. Otro sector doctrinal, partiendo de planteamientos diametralmente opuestos, sostiene que estamos ante un derecho cuyo contenido ha sido superado por el paso del tiempo; por consiguiente, reivindicar en pleno siglo XXI, su ampliación y aplicación a otros sujetos, constituye un anacronismo, ya que se trata de un derecho 'agotado'

⁹⁰ REMIRO BROTONS, A. (y otros), *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 112.

que tampoco hoy podría ser reivindicado por quienes en su momento fueron sus legítimos titulares.

Nadie cuestiona que el derecho a la libre determinación fue impulsado y desarrollado por Naciones Unidas como un medio imprescindible para llevar a cabo lo que constituye, sin duda, su hito más importante: el proceso descolonizador, que se culminó casi en su totalidad. Ahora bien, una vez acabado ese proceso, hace ya casi cinco décadas, parece bastante evidente que el derecho a la libre determinación ya no tiene el mismo sentido que tuvo entonces (dirigido a los pueblos sometidos a dominación colonial u ocupación extranjera). Hoy día esa condición, al menos formalmente, ya no se produce y, en consecuencia, no resulta fácil determinar si la propia naturaleza del derecho permite extender su aplicación a ‘todos los pueblos’ (que puedan definirse como tales) o si la desaparición del fenómeno histórico de la ocupación colonial ha privado a ese derecho de su ‘objeto’ y lo ha convertido en un derecho ‘obsoleto’.

En este sentido, trataremos de fundamentar aquí, más allá de las lecturas ideológicas e interesadas que puedan hacerse, que el derecho a la libre determinación de los pueblos, tal y como se configuró por parte de Naciones Unidas y en tanto que principio fundamental del Derecho internacional, mantiene la naturaleza netamente descolonizadora para la que fue concebido, aunque no pueda considerarse totalmente obsoleto, puesto que aún quedan algunos territorios pendientes de descolonización a los cuales les resultaría aplicable la doctrina establecida por las citadas resoluciones de la Asamblea General. En efecto, territorios como el Sáhara occidental –citando uno que nos es muy cercano– continúan siendo, a nuestro juicio, sujetos del derecho a la libre determinación de los pueblos, aunque por los complejos avatares de la política internacional, no hayan conseguido acceder a la condición de Estado.

Las exigencias de tales entidades de acceder a la estatalidad ya no se fundamentarían en una condición colonial sino en la constatación de la existencia de una realidad nacional, que les configuraría como sujetos de derechos colectivos, entre los cuales, el primordial sería el derecho de autodeterminación. En esta situación se encuentran buena parte de las reivindicaciones independentistas de territorios dentro del contexto europeo.

8.1. Configuración jurídica de la libre determinación de los pueblos y su desarrollo por la ONU

Mucho se ha debatido en las últimas décadas sobre el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos, o lo que se ha bautizado como derecho de autodeterminación. Históricamente hablando, el principio de libre determinación de los pueblos, tal y como se iba a configurar jurídicamente después, encuentra sus raíces en el principio de las nacionalidades, que tuvo gran fuerza en los Balcanes en las últimas décadas del siglo XIX y en la primera parte del siglo XX. Fue así como se recogería en los tratados que pusieron fin a la I Guerra Mundial, en relación con la protección de determinadas minorías nacionales. Pero conviene recordar que la formalización del principio recibiría una doble influencia de signo contrario: los postulados democrático-liberales y el socialismo marxista, una vez que Lenin viera en este derecho un medio para liberar a los pueblos que consideraba oprimidos, argumento que no invocó para liberar a aquellos pueblos que iban a ser oprimidos por su propia ideología⁹¹.

Desde la perspectiva liberal, el Presidente de los Estados Unidos, Woodrow Wilson, en el punto 4 del Mensaje de 12 de febrero de 1918, no dudó en

⁹¹ REMIRO BROTONS, A. (y otros), *Derecho Internacional*. cit., p. 116.

mencionar el concepto de “*self-determination*”, pensado fundamentalmente para los Estados europeos afirmando que:

“Todas las aspiraciones nacionales bien definidas deberán recibir la satisfacción más completa que pueda ser otorgada sin introducir nuevos o perpetuar antiguos elementos de discordia o de antagonismo susceptibles de romper con el tiempo de paz de Europa y, en consecuencia, la del mundo”.

Este Mensaje del Presidente Wilson no tuvo reflejo en el Pacto de la Sociedad de las Naciones (PSN), a pesar de que sí que hubo una propuesta de acoger el principio de libre determinación, que habría que compatibilizar con el de integridad territorial. El rechazo de dicha propuesta significó que el citado principio se concebía solo desde una perspectiva política pero no se le quería dotar de un carácter jurídico. Esto fue precisamente lo que dictaminó el Comité de Juristas en el caso de las Islas Aaland, creado a iniciativa del Consejo de la Sociedad de Naciones, al afirmar que:

“Aunque el principio de que los pueblos deban poder disponer de sí mismos ocupe un lugar importante en el pensamiento político moderno, sobre todo después de la guerra mundial, conviene hacer notar que no se encuentra inscrito en el Pacto de la Sociedad de las Naciones. Y la consagración de este principio en cierto número de tratados internacionales no basta para que sea considerado como una de las reglas positivas del Derecho de Gentes”.

No obstante, aunque el Pacto no recogió el principio de autodeterminación, sí estableció un régimen jurídico específico para determinadas colonias como el

de los 'mandatos'. Se formalizaba así un tratado internacional entre la Sociedad de Naciones y la potencia mandataria, por medio del cual se confiaron a ciertos Estados unas determinadas funciones que debían ejercer en nombre de aquella, a quien debían informar, con el fin de preparar a dichos pueblos para que en el futuro pudieran acceder dignamente a la independencia. En realidad, todo esto se resumía en una frase "*se realiza un encargo sagrado de civilización*", como señaló la Corte Internacional de Justicia en el famoso asunto de Namibia. Las colonias no sometidas al régimen de mandatos seguían con el mismo régimen de dominación colonial. El objetivo de los mandatos era pacífico y, políticamente hablando, generoso y altruista, aunque no siempre estos dos elementos estuvieron presentes en las potencias mandatarias⁹².

La cuestión de la autodeterminación de los pueblos coloniales se debatió de forma intensa en la Conferencia de San Francisco, con dos posiciones encontradas: por un lado, la de los Estados Unidos y la URSS, partidarios de incluir en la futura Carta dicho principio, y la de las potencias coloniales europeas, que pretendían evitarlo o matizarlo, por las evidentes consecuencias que eso tendría para sus imperios coloniales (Bélgica, Francia, los Países Bajos y Reino Unido). España no participó en esa Conferencia. Como es sabido, los artículos 1.2 y 55 de la Carta de las Naciones incluyeron expresamente el principio de libre determinación de los pueblos.

El hecho de que estas dos disposiciones aludieran al principio de manera genérica y sin ningún desarrollo específico impulsaron a otorgarle, en principio, un mero valor programático. Y ello porque, en efecto, la Carta establece dos regímenes distintos en relación con las colonias: el del Capítulo XI, relativo a los territorios 'no autónomos'; y el de los Capítulos XII y XIII, que instauran un régimen internacional de 'administración fiduciaria'. El primero se aplicaba en

⁹² *Ibíd.*, p. 123.

general a las colonias de los países vencedores de la guerra y de otros Estados amigos, mientras que el segundo se aplicaba a los territorios sometidos a los mandatos, a los territorios segregados de los Estados enemigos y a aquellos territorios puestos voluntariamente bajo este régimen por los Estados administradores, de conformidad con el artículo 77 de la Carta.

Ese complejo sistema normativo presentaba una grave contradicción, ya que, por un lado, se aceptaba el hecho colonial, encuadrado bajo la categoría de 'territorios no autónomos' y de 'fideicomisos'; mientras que, por otro, se reconocía el derecho de los pueblos a la libre determinación.

Pero la propia dinámica de la ONU y la evolución de la sociedad internacional iban a resolver esta contradicción de manera práctica, convirtiendo la autodeterminación de los pueblos en un principio estructural y básico del Derecho internacional, pasando a formar parte de la categoría de normas de *ius cogens*, tal y como están recogidas en el artículo 53 del *Convenio de Viena sobre los Tratados* de 1969, y así fue considerado también por la *Comisión de Arbitraje* de la Conferencia para la paz en Yugoslavia⁹³.

En definitiva, la práctica internacional acabó privilegiando el principio consagrado en los artículos 1.2 y 55 de la Carta, en detrimento de los mandatos y fideicomisos establecidos por los capítulos XI-XIII de la misma, siguiendo las directrices de la *Comisión sobre territorios no autónomos* y de la *Comisión de los Veinticuatro* (creada por la Resolución 1654 (XVI) de 1961). Buena muestra de ello son los procesos de descolonización iniciados justo

⁹³ Avis, nº 1, 29 de noviembre de 1991, en *Revue générale de droit international public*, 1992, p. 265. También en el asunto de Timor, la Corte Internacional de Justicia ha considerado este Derecho como norma oponible erga omnes, en *Recueil*, 1995, p. 102

después de que se adoptara la Carta (India-Pakistán e Indonesia, por ejemplo)⁹⁴. Veamos este proceso con más detalle.

8.2. El derecho de autodeterminación en la Carta de la ONU

El derecho a la libre determinación de los pueblos, como hemos dicho, solo se menciona de forma expresa en los artículos 1.2 y 55 de la Carta de la ONU, sin que exista a lo largo del texto ninguna otra referencia a su titularidad, contenido o forma de aplicación. En consecuencia, su inclusión en el texto fundacional de la Organización solo podía significar que se incorporaba como principio inspirador de toda su acción, dejando en manos de sus órganos principales la tarea de perfilarlo y desarrollarlo⁹⁵. Las referencias de la Carta solo aludían a la obligación de las potencias administradoras de promover el desarrollo progresivo de los territorios administrados “hacia el gobierno propio o la independencia” (art. 76). Y esa referencia se dirigía a los territorios coloniales que en la *II Guerra Mundial* estuvieron controlados por las potencias derrotadas, siguiendo el mismo modelo impuesto por el Pacto de la Sociedad de Naciones a los derrotados en la *I Guerra Mundial*. En efecto, el sistema de ‘mandatos’ instituido tras la *I Guerra Mundial* tan solo preveía la independencia de aquellos territorios que habían alcanzado “un grado de desarrollo” tal que hacía posible “el reconocimiento provisional de su existencia como naciones independientes, a condición de que los consejos y la ayuda de un mandatario guíen su administración hasta el momento en que sean capaces de conducirse

⁹⁴ REMIRO BROTONS, A. (y otros), *Derecho Internacional*, cit., p. 126.

⁹⁵ A pesar de todo, como señala Thomas D. Musgrave, los Estados occidentales negaron que las referencias de los artículos 1 y 55 confirieran estatus legal al concepto de libre determinación (MUSGRAVE, T.D., *Self-Determination and National Minorities*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 96).

solas” (art. 22 PSN). Obviamente, el Pacto identificaba como tales a los territorios controlados por los Estados que habían perdido la guerra y silenciaba que esta situación pudiera verificarse en el resto de territorios dependientes. Como era de esperar, esta lógica de vencedores y vencidos se reprodujo en la ONU. Solo una interpretación posterior del contenido de ese Pacto permitiría poner fin, de manera definitiva, al fenómeno colonialista.

Para garantizar el objetivo de la independencia a los territorios ‘*segregados de Estados enemigos*’ [art. 77.1.b) de la Carta] que fueron sometidos a un régimen de administración fiduciaria, se establecieron una serie de mecanismos de control (informes de las potencias administradoras, misiones de visita al territorio, reconocimiento del derecho de petición de los habitantes de los territorios...) coordinados por el ‘Consejo de Administración Fiduciaria’, órgano de la ONU creado para llevar a cabo la descolonización de esos territorios. La totalidad de los territorios coloniales bajo la administración de ese Consejo ejercieron de una forma u otra —no siempre transparente— su derecho a la libre determinación.

Para el caso de los denominados ‘*territorios no autónomos*’, es decir, del resto de territorios sometidos a dominación colonial, la Carta establecía una única obligación: informar a la ONU sobre las medidas adoptadas por la potencia administradora para promover el desarrollo del territorio, sin que estuviera contemplado el objetivo final de la independencia [art. 73.e) de la Carta]. No obstante, el empeño de la Asamblea General por poner fin al fenómeno colonial fue tan decidido que finalmente consiguió incorporar a estos territorios los mecanismos de control establecidos para el Régimen de Administración Fiduciaria, y fijar para ellos el objetivo de la autodeterminación⁹⁶. No pocos

⁹⁶ Así la Resolución 1514 (XV) afirmaba que «En los territorios en fideicomiso y no autónomos y en todos los demás territorios que no han logrado aún su independencia, deberán tomarse

cuestionaron la legalidad de proyectar sobre los territorios no autónomos un sistema de control no establecido por la Carta que conculcaba derechos de las potencias administradoras⁹⁷, el debate puso de relieve el 'delicado equilibrio' en que coexistían en el texto de la Carta el derecho de autodeterminación y los Capítulos XI, XII y XIII de la misma⁹⁸.

No obstante, a pesar de las dificultades, la voluntad decidida de la Asamblea General se vio reforzada por la llegada de un gran número de nuevos Estados surgidos de la descolonización que, a medida que ingresaban en las Naciones Unidas, se incorporaban al grupo de los que apoyaban decididamente el fin del fenómeno colonial. Todo ello teniendo en cuenta que los esfuerzos de este órgano de la ONU muy probablemente hubieran resultado estériles de no ser por la presión ejercida por las dos grandes superpotencias, Estados Unidos y la Unión Soviética, que oficialmente no poseían colonias y pretendían a toda costa el desmoronamiento de los imperios coloniales; en especial el británico y el francés, aunque también el portugués, el belga y el ya menguado imperio español⁹⁹.

inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos territorios, sin condiciones ni reservas, en conformidad con su voluntad y sus deseos libremente expresados, y sin distinción de raza, credo ni color, para permitirles gozar de una libertad y una independencia absolutas».

⁹⁷ ITURRIAGA, J. A., *Participación de la Organización de las Naciones Unidas en el proceso de descolonización*, Madrid, Alianza, 1967, p. 244

⁹⁸ PÉREZ VERA, E., *Naciones Unidas y los principios de la coexistencia pacífica*, Tecnos, Madrid, 1973, p. 78.

⁹⁹ El denominado «Salt Water test» o «Blue Water Principle» fue la condición impuesta por la URSS para apoyar el proceso de descolonización. Así, el Principio IV de la Resolución 1541 (XV) afirmaba la presunción de la condición colonial de territorio cuando éste «está separado geográficamente del país que lo administra y es distinto de éste en sus aspectos étnicos o culturales». Esta ficción de no considerar como territorios dependientes a territorios geográficamente contiguos le permitió a la URSS dejar fuera del debate la condición jurídica de los territorios de actuales Estados asiáticos, como Uzbekistán, Armenia, Kirguistán..., a los

8.3. El desarrollo del derecho de autodeterminación en las resoluciones de la Asamblea General

El contenido del derecho de autodeterminación fue concretándose a través de las resoluciones fundamentales de la Asamblea General en la materia; en especial, las Resoluciones 1514 (XV), 1541 (XV) y 2625 (XXV), que significaron un cambio radical de perspectiva en la actitud de Naciones Unidas ante el problema de la descolonización. En efecto, una vez relanzada la cuestión, aprovechando el ingreso masivo de Estados en la ONU, particularmente a partir de 1960¹⁰⁰, se establecieron los criterios para acelerar y concluir el proceso descolonizador (completado con otras resoluciones dirigidas a reconocer la soberanía de los pueblos sobre sus recursos naturales o la legitimidad del recurso a la fuerza armada por parte de los movimientos de liberación nacional reconocidos por la ONU¹⁰¹). Estas resoluciones de la Asamblea General, junto a otras del Consejo de Seguridad relativas a conflictos de descolonización, a las que debe sumarse la labor jurisprudencial de la Corte Internacional de Justicia (en especial a través de su dictamen sobre el Sahara Occidental en 1975) fueron las que configuraron los elementos esenciales del derecho a la libre determinación.

que, de aplicárseles la doctrina establecida por la mencionada resolución sin el matiz de la separación geográfica difícilmente podría negárseles la condición de territorios coloniales.

¹⁰⁰ Tan solo durante los meses de septiembre y octubre de 1960, ingresaron en las Naciones Unidas como miembros de pleno derecho los Estados de Benin (Dahomey hasta 1976), Burkina Faso, Camerún, Chad, Chipre, Costa de Marfil, Gabón, Madagascar, Malí, Níger, Nigeria, República Centroafricana, Senegal, Somalia, Togo y Zaire.

¹⁰¹ Véanse, por ejemplo, las Resoluciones 2105 (XX), de 20 de diciembre de 1965, 2649 (XXV), de 30 de noviembre de 1970, o la más contundente Resolución 3070 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973, en la que la Asamblea General afirma literalmente «la legitimidad de la lucha de los pueblos por librarse de la dominación colonial extranjera y de la subyugación foránea por todos los medios posibles, incluida la lucha armada».

La Resolución 1514 (XV) fue la primera que marcó un punto de inflexión en el proceso de descolonización al afirmar que *“la sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales”*.

El carácter ciertamente ‘revolucionario’ de esta afirmación suscitó no poca perplejidad en la doctrina internacionalista de la época ya que, para algunos autores, se trataba de un legítimo desarrollo del contenido de la Carta, mientras que para otros tal afirmación carecía de todo respaldo en la Carta, o incluso debía considerarse absolutamente contraria al contenido de la misma, puesto que en ningún caso la Carta condenaba el colonialismo, al contrario, estableciendo dos formas diferentes de administración de territorios sometidos a dominación colonial, estaba reconociendo implícitamente la legitimidad del fenómeno colonial¹⁰².

Aunque resulta evidente a todas luces que los sistemas de administración establecidos en la Carta para regular las situaciones de dominación colonial no pretendían tener en absoluto una duración indefinida, también es cierto que la plasmación de un genérico derecho a la libre determinación fue el pistoletazo de salida para fomentar un proceso de descolonización sin cortapisas, que implícitamente calificaba como inviable la perdurabilidad del colonialismo y, en consecuencia, promovía como deseable el fin de la dominación colonial a través del ejercicio del derecho de autodeterminación. En otras palabras, como algunos han señalado, la evolución del Derecho implica, en ocasiones singulares, tener que aceptar saltos en el vacío respecto de situaciones

¹⁰² VIRALLY, M., “Droit International et décolonisation devant les Nations Unies”, AFDI, vol. IX, 1963, p. 522.

jurídicas consolidadas, cuando la realidad los impone. En el ámbito del Derecho internacional, la afirmación que la Resolución 1514 (XV) hizo del colonialismo y de la necesidad de superarlo cuanto antes a través de la autodeterminación, fue seguramente la fractura más importante en relación con el estatus jurídico anterior de las potencias coloniales, a partir de las exiguas afirmaciones de la Carta al respecto¹⁰³.

8.3.1. Delimitación del contenido del derecho

Como dijimos, la Carta de Naciones Unidas contiene una referencia genérica al derecho a la libre determinación de los pueblos en sus artículos 1.2 y 55. El artículo 1.2 de la Carta impulsa a fomentar entre las naciones “*relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos*”. Por su parte, el artículo 55 de la Carta hace referencia por primera vez al contenido de ese derecho, en los siguientes términos:

Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

a) niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;

¹⁰³ SOROETA, J. “El derecho a la libre determinación de los pueblos en el siglo XXI: entre la realidad y el deseo”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, vol. 1, Vitoria, 2011, p. 457.

b) la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y

c) el respeto universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

En este texto se encuentra lo que Naciones Unidas, a través de los diversos instrumentos internacionales que luego fue promoviendo (Pactos Internacionales de 1966, etc.) y de las resoluciones que fue adoptando, estableció como núcleo básico del derecho a la libre determinación de los pueblos. Un derecho cuyo objetivo final no consiste simplemente en legitimar el acceso a la independencia y la estatalidad, sino que la autodeterminación se busca con la intención de conseguir el desarrollo económico y social de esos pueblos, promover una cooperación internacional en el orden cultural y educativo y, muy en especial, garantizar el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Así pues, el contenido del derecho a la libre determinación no se reduce a su dimensión exclusivamente política, dado que ello supondría “parcializarlo y reducir la eminente significación que tiene y que debe tener”¹⁰⁴. Su contenido encierra una dimensión económica, social y cultural que el proceso de libre determinación debe fehacientemente proveer. Así pues, mediante el acceso a uno de los estatus previstos en la Resolución 2625 (XXV), los pueblos pueden tener a su disposición la protección necesaria para mantener su plena soberanía política y, como consecuencia, su plena soberanía económica, social

¹⁰⁴ En esos términos se expresaba en 1973 el Grupo de expertos nombrado por la Subcomisión de Protección de Minorías y Prevención de Discriminaciones al analizar el contenido de este derecho (ORGA: E/CN.4/1128, párrafos 27 y 28).

y cultural. Es en ese sentido en el que puede afirmarse que el derecho de autodeterminación “posee una virtualidad permanente”¹⁰⁵, que no se agota con la consecución de su vertiente política. No obstante lo anterior, aunque la dimensión económica, social y cultural del derecho de autodeterminación es su objetivo central y primordial, el presupuesto indispensable, la condición *sine qua non* para poder conseguirlo pasa por la consecución de su dimensión política. De ahí que, en el contexto internacional, sea el acceso a la estatalidad y las condiciones del legítimo ejercicio de la libre determinación lo que importe dado que, a partir de ahí, todas las cuestiones ulteriores tendrán el carácter de ‘asuntos internos’ del nuevo Estado en cuestión. Por consiguiente, en lo que interesa a este estudio, nos centraremos en analizar esa dimensión política del derecho para luego proyectarla sobre el territorio kosovar.

En ese sentido, siguiendo las directrices adoptadas por los países en vías de desarrollo a partir de la Conferencia de Bandung de 1950, en la que se condenó sin tapujos el sistema colonial, la Resolución 1514 (XV) cimentó los pilares de la vertiente política del derecho a la autodeterminación, señalando lo siguiente:

- 1. La sujeción de los pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales.*
- 2. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.*

¹⁰⁵ GROS-ESPIELL, H., “En torno a la libre determinación de los pueblos”, ADI, vol. III, 1976, p. 62.

3. La falta de preparación en el orden político, económico, social o educativo no deberá nunca servir de pretexto para retrasar la independencia.

4. A fin de que los pueblos dependientes puedan ejercer pacíficamente y libremente su derecho a la independencia completa, deberá cesar toda acción armada o toda medida represiva de cualquier índole dirigida contra ellos, y deberá respetarse la integridad de su territorio nacional.

5. En los territorios en fideicomiso y no autónomos y en todos los demás territorios que no han logrado aún su independencia, deberán tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos territorios, sin condiciones ni reservas, en conformidad con su voluntad y sus deseos libremente expresados.

6. Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.

Como resulta obvio, la Resolución 1514 (XV) subrayó la titularidad universal del derecho de libre determinación de los pueblos y conminó a todos los territorios coloniales a ejercerlo y a todas las potencias a no obstaculizarlo.

Pero la descolonización vinculada al ejercicio del derecho de autodeterminación vuelve a hacerse presente en 1966 con la Resolución 2189 (XXI), en la cual la Asamblea General afirma que la persistencia del régimen colonial pone en peligro la paz y la seguridad internacionales, cuestión ya señalada en el artículo 55 de la Carta y subrayada en el párrafo 1 de la Resolución 1514 (XV), aunque ahora se plantea con total contundencia. En este mismo año de 1966, se da un paso de gigante para la positivización del

derecho al recoger los dos Pactos internacionales sobre derechos humanos de 1966 el derecho de autodeterminación en el artículo primero de ambos, en los siguientes términos:

“1.1. Todos los pueblos tienen el derecho de autodeterminación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

1.3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”.

El principio de libre determinación pasa así del plano político al plano positivo convencional, dentro de unos instrumentos jurídicos dedicados a los derechos humanos, estableciéndose por lo tanto un vínculo muy estrecho entre el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos y los derechos humanos.

Cuando se cumplía el décimo aniversario de la Resolución 1514 (XV) y coincidiendo con el XXV aniversario de la Carta de las Naciones Unidas (1970), la Asamblea General adoptó otros dos textos fundamentales en esta materia: la Resolución 2621 (XXV) por la que se establece un *“programa de acción para la aplicación integral”* de la Carta Magna de la descolonización y, sobre todo, la Resolución 2625 (XXV) en la que se recogen los siete principios de Derecho internacional relativos a las relaciones de amistad y cooperación entre Estados, entre los cuales figura *“el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos”*, señalando entre otras cosas, lo siguiente:

En virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta de las Naciones

Unidas, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de procurar su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar ese derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta.

El establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo constituyen formas del ejercicio del derecho de libre determinación de ese pueblo.

Todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos antes aludidos en la formulación del presente principio de su derecho a la libre autodeterminación y a la libertad y a la independencia. En los actos que realicen y en la resistencia que opongan contra esas medidas de fuerza con el fin de ejercer su derecho a la libre determinación, tales pueblos podrán pedir y recibir apoyo de conformidad con los propósitos y principios de la Carta.

El establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o la integración con un Estado independiente o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo constituyen formas del ejercicio del derecho de la libre determinación de ese pueblo.

El territorio de una colonia o de otro territorio no autónomo tiene, en virtud de la Carta, una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra; y esa condición jurídica distinta y separada conforme a la Carta existirá hasta que el pueblo de la colonia o el territorio

no autónomo haya ejercido su derecho a la libre determinación de conformidad con la Carta y, en particular, con sus propósitos y principios.

Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autorice o fomente acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, 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.

El derecho de autodeterminación en la Resolución 2625 (XXV) se articula desde dos ángulos: como un derecho de los pueblos y, correlativamente, como un deber de los Estados. Esta fue la transacción a la que llegaron los miembros del Comité especial encargado de su redacción¹⁰⁶. Es decir, la ONU proyecta sobre la comunidad internacional en su conjunto (pero especialmente sobre las potencias coloniales) un deber expreso y conminatorio de promover la autodeterminación: *“todo Estado tiene el deber de promover, mediante acción conjunta o individual, la aplicación del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, [...] a fin de poner fin rápidamente al colonialismo”*. Pero preocupándose también de subrayar que esta tarea no puede concebirse en absoluto desde una perspectiva, podríamos decir ‘paternalista’, porque la autodeterminación es un auténtico derecho que asiste a todos los pueblos *“a determinar libremente, sin injerencia externa, su*

¹⁰⁶ Y es que, mientras algunas delegaciones de países occidentales deseaban plasmar el principio solo como un deber de los Estados, los países socialistas de entonces y los países no alineados, pretendían que se articulara como un derecho, llegando al final a una especie de compromiso. (REMIRO BROTONS A. (y otros), *Derecho Internacional*. cit., p. 127).

condición política y de procurar su desarrollo económico, social y cultural”. Si bien, en el proceso hacia la consecución de esa meta, el derecho de autodeterminación incluye la facultad de *“pedir y recibir apoyo de conformidad con los propósitos y principios de la Carta en los actos que se realicen y en la resistencia que opongan contra las medidas de fuerza, con el fin de ejercer su derecho a la libre determinación”.*

Como es bien sabido, la Resolución 2625 (XXV) contribuyó de manera fehaciente a facilitar la descolonización de los territorios dependientes de Estados que, como España, Portugal o Francia, pretendían no poseer territorios coloniales, sino ‘provincias o territorios de ultramar’, puesto que, en virtud de la Carta, estos territorios poseían *“una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra [...] condición que existirá hasta que el pueblo de la colonia o el territorio no autónomo haya ejercido su derecho de libre determinación”*¹⁰⁷.

¹⁰⁷Al respecto, conviene precisar que Portugal y España, tras la Revolución de los claveles y el fin de la dictadura franquista, renunciaron en la década de los años setenta a mantener sus posesiones coloniales. Sin embargo, las posesiones coloniales francesas están pendientes a día de hoy de su descolonización, “sea por el agotamiento del propio proceso, sea por el mayor poder de los titulares del dominio, sea por aceptar que ésa es, de una u otra forma, la voluntad de los habitantes del lugar” (REMIRO BROTONS, A., “Soberanía del Estado...”, cit., p. 2.). En todo caso, el proceso no podrá considerarse terminado hasta que la población del último de los territorios coloniales haya ejercido su derecho a la libre determinación, como es el caso del Sahara Occidental, por ejemplo. Ciertamente es que en algunos pequeños territorios de ultramar sus habitantes han decidido que les resulta más ventajoso seguir vinculados a una potencia europea que convertirse en un nuevo Estado, pero casos como los de las Islas Comoras resultan asombrosos (segregación ilegal de la isla de Mayotte por parte de Francia), en un ejercicio ilegal del derecho de autodeterminación y del principio *uti possidetis iuris*, máxime cuando la Resolución 3291 (XXIX) instaba al Gobierno de Francia, como Potencia Administradora, a garantizar la unidad y la integridad del Archipiélago. En todo caso, Francia se ha reservado siempre una plena libertad de acción en sus excolonias mientras mantiene su dominación económica sobre ellas (SOROETA, J. “El derecho a la libre determinación de los pueblos en el siglo XXI...”, cit., p. 460).

Otra cuestión que suscitó gran polémica en este ámbito fue la alusión directa de la Resolución 2625 al derecho de autodeterminación como derecho de 'todos los pueblos'. Algo que, obviamente, venía a significar que no solo los pueblos sometidos a dominación colonial ostentarían ese derecho (como así se desprendía de la Resolución 1514 (XV) como referencia básica del derecho), sino que también los pueblos de cualquier Estado podían reivindicarlo. Dicha previsión suscitaba una evidente contradicción con el principio de la integridad territorial del Estado, que ambas resoluciones recogían expresamente, pretendiendo establecer una frontera clara al principio de autodeterminación. No obstante, resultaría temerario, como señala Remiro, afirmar una titularidad indeterminada de derecho de autodeterminación, situando en permanente riesgo de desintegración a los actuales Estados y disolviendo el respeto a la soberanía¹⁰⁸. Abordaremos luego esta cuestión con detalle.

8.3.2. El ejercicio del derecho: entre la autodeterminación y la independencia

La Resolución 1514 (XV) al trazar la línea entre colonización y descolonización, solo podía referirse a la independencia como resultado final del ejercicio del

¹⁰⁸ Como señaló la Corte Suprema de Canadá en 1998, en el asunto relativo a la secesión de Québec (20 de agosto de 1998, par. 138), el derecho de autodeterminación en el Derecho internacional actual permite que se lleve a cabo en el caso de antiguas colonias; en el caso de pueblos oprimidos, como por ejemplo los pueblos sometidos a una ocupación extranjera; o en el caso en que un grupo definido se vea rechazado para acceder al Gobierno con el fin de asegurar su desarrollo político, económico, social y cultural. Solo en estos casos, el pueblo en cuestión podría invocar el derecho de autodeterminación que la citada Corte denomina "externo", porque se le rechaza a nivel interno el derecho a la autodeterminación. Por lo demás, ya se sabe que la Corte señaló que para que Québec pudiera ser independiente era necesario que lo votaran no solo el pueblo "québecquois", sino que debía ser aceptado por todo el pueblo canadiense.

derecho de autodeterminación, aunque ya se habían utilizado otras fórmulas para poner fin a la colonización en algunos territorios¹⁰⁹.

Al día siguiente, el 15 de diciembre de 1960, la Asamblea General adoptó la Resolución 1541 (XV)¹¹⁰, en la que se recogen los criterios principales para caracterizar los territorios no autónomos, determinando tres posibles modos de ejercicio del derecho de autodeterminación: a) por su constitución en un Estado independiente y soberano; b) por su libre asociación con otro Estado independiente; y c) por su integración en otro Estado independiente. La

¹⁰⁹ No siempre se han seguido los mismos derroteros a la hora de ejercerlo ni se han aplicado siempre con la misma contundencia las mismas normas. En algunos casos las Naciones Unidas no han estado a la altura de las circunstancias. Un buen ejemplo de ello lo constituye la sentencia arbitral de 31 de julio de 1989 entre Guinea-Bissau y Senegal, en la que se recoge expresamente un corolario del principio de autodeterminación, ya que el Estado colonizador no puede concluir, una vez iniciado el proceso de descolonización, acuerdos o tratados que viertan sobre los elementos esenciales del derecho. Esto, que es sabido, no se ha respetado en el caso del ex - Sahara español, ni en su tiempo en Timor. Otra regla aplicada en algunos casos y en otros no, atañe al principio de consultar al pueblo colonial. La Corte Internacional de Justicia lo dejó muy claro en el caso del Sahara Occidental (Recueil, 1975, p. 33). Aunque la Corte reconoce que puede haber excepciones, lo cierto es que las Naciones Unidas se han mostrado poco exigentes a la hora de examinar la manera con la que se efectuaba la consulta. Es más, ese tipo de consulta debe efectuarse en el marco de las fronteras coloniales, de conformidad con el principio del *uti possidetis*, y esto no siempre ha sido respetado. Tal fue el caso en Camerún, Somalia y las Comores. Lo mismo ocurrió con Walbis Bay cuando se reintegró a Namibia en la década de los noventa. Por otro lado, Hong Kong y Macao han sido restituidos a China sin ninguna consulta, en un contexto jurídico y político muy particular, mientras que, en el caso de Timor, después de 27 años de incertidumbre (anexión por Indonesia, etc.), el referéndum tuvo lugar el 20 de mayo de 2002. (Vid. REMIRO BROTONS, A. (y otros), Derecho Internacional. cit., p. 134).

¹¹⁰ La Resolución 1541 (XV) de la Asamblea General, titulada «principios que deben servir de guía a los Estados miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e) del artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas», fue aprobada el 15 de diciembre de 1960, con 69 votos a favor, dos en contra (Unión Soviética y Portugal), y 20 abstenciones (Albania, Australia, Bélgica, Bulgaria, Bielorrusia, China, Checoslovaquia, República Dominicana, EEUU, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Holanda, Nueva Zelanda, Polonia, Rumania, España, Ucrania y Reino Unido).

resolución especificó que, para la libre asociación con otro Estado independiente, era necesario un acto de elección libre y voluntario del pueblo que ejerce el derecho de autodeterminación, expresado, por supuesto, de forma democrática, debiendo ser respetados la individualidad y las características culturales del territorio y de sus pueblos. Se reserva expresamente a los pueblos del territorio que se asocia a un Estado independiente la libertad de modificar el estatuto de ese territorio mediante la expresión de su voluntad por medios democráticos y con arreglo a los procedimientos constitucionales¹¹¹.

Respecto a la 'integración' en otro Estado independiente, la Resolución exigía que el pueblo fuera plenamente informado para que pudiera expresarse libremente. El principio básico es el de la completa igualdad entre los pueblos del territorio que hasta ese momento ha sido no autónomo y los del país independiente en el cual se integra, siendo la integración consecuencia de un procedimiento libre, llevado a cabo por procedimientos democráticos, aplicados imparcialmente y fundados en el sufragio universal¹¹².

Diez años más tarde, la Resolución 2625 (XXV) añadió a las tres formas mencionadas una cuarta: "*la adquisición de cualquier otra condición política*

¹¹¹ Conviene recordar que la Resolución 742 (VIII) de la Asamblea General, aprobada el 27 de noviembre de 1953, titulada «Factores que deben ser tenidos en cuenta para decidir si un territorio es o no un territorio cuyo pueblo no ha alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio», ya se había referido ya a la libre asociación como una de las formas de ejercer el derecho de autodeterminación.

¹¹² Fue así como, siguiendo los parámetros establecidos por estas dos Resoluciones, muchos pueblos africanos ejercieron el derecho de autodeterminación, convirtiéndose en general, salvo algunas excepciones, en Estados independientes. Es notorio que la Asamblea General de Naciones Unidas ha mostrado siempre mucha desconfianza frente a cualquier proceso de descolonización que no tuviera como fin la independencia (Antillas británicas, Gibraltar, Timor, etc.). En África del Norte, Marruecos y Túnez obtuvieron la independencia en 1956, mientras que Argelia solo lo consiguió con los Acuerdos de Evían, de 19 de marzo de 1962.

libremente decidida por un pueblo”, una especie de cajón de sastre, lo suficientemente genérica como para facilitar el arreglo de ciertos conflictos contemporáneos de libre determinación que requieren una solución distinta de la independencia o la asociación, como por ejemplo arreglos constitucionales autónomos o de carácter federal¹¹³. A partir de esta Resolución, el tipo de solución por la que se opte a la hora de ejercer el derecho deja de tener relevancia, ya que el único elemento verdaderamente decisivo en el proceso es la voluntad de la población, libremente expresada por medio del sufragio universal¹¹⁴.

Procedería señalar dos últimas cuestiones. La primera es que el programa de acción, tal y como está recogido en la Resolución 2621 (XXV) de 1970, reafirma el derecho inherente de los pueblos coloniales a luchar, por todos los medios necesarios, contra las potencias coloniales que reprimen su aspiración a la libertad e independencia. Por consiguiente, el recurso al uso de la fuerza por parte de un pueblo para liberarse del yugo colonial es lícito, y la ayuda que pudieran proporcionarles los demás Estados con este fin no sería considerada como una injerencia (en el sentido de que no se viola el principio de no intervención) al tratarse de dos entidades jurídicas distintas.

La segunda cuestión tiene que ver con las consecuencias del reconocimiento de los “Movimientos de liberación nacional” que luchan por la descolonización. Al respecto, por oposición a la figura del ‘reconocimiento’ por parte de los

¹¹³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid 1990, p. 130.

¹¹⁴ Así lo ratificó la Corte Internacional de Justicia, en su dictamen sobre el Sahara Occidental (1975), estableciendo que, con independencia de la vía elegida, el elemento fundamental del ejercicio de este derecho es la consulta a la población. Independencia, libre asociación, integración, incluso una autonomía dentro de un Estado descentralizado, son formas de ejercicio del derecho, siempre que la primera de ellas sea una de las opciones en la consulta popular, que deberá llevarse a cabo mediante sufragio universal.

Estados, que tiene un valor meramente declarativo, el reconocimiento de estos Movimientos, de acuerdo con la Resolución, tendría un carácter constitutivo, ya que los derechos que pudieran invocar a nivel internacional dependerán de su reconocimiento como Movimiento de liberación. Este proceso se suele llevar a cabo, por lo general, en dos fases: la iniciativa se suele adoptar en el seno de una Organización internacional regional (Unión Africana, Liga de Estados Árabes, etc.), para después ser confirmada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Tal fue el caso de la OLP, de la SWAPO y de los Movimientos de liberación de las colonias portuguesas. Una vez reconocidos en estas Organizaciones internacionales suelen ser invitados a participar como “observadores” en determinados grupos, comités, conferencias, seminarios, etc., abriendo así un amplio abanico de posibilidades políticas, que no conviene desdeñar¹¹⁵.

8.3.3. Las dimensiones ‘externa’ e ‘interna’ del derecho de autodeterminación

Como ya hemos apuntado, la alusión a “todos los pueblos” como sujetos titulares del derecho de autodeterminación, realizada por la Resolución 1514 (XV) y por los dos Pactos Internacionales de 1966¹¹⁶, planteó una grave colisión con uno de los principios estructurales más sólidos del Derecho internacional: la integridad territorial de los Estados. Y, desde hace más de medio siglo, la redacción de ese párrafo viene generando intensos debates a la hora de identificar quiénes son sus auténticos destinatarios.

¹¹⁵ REMIRO BROTONS, A. (y otros), *Derecho Internacional*. cit., p. 136.

¹¹⁶ “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

Más allá del substrato ideológico que puede alimentar las diversas posiciones respecto al tema en cuestión, hay una realidad de la que no se puede prescindir y que viene exigida por la honestidad intelectual y jurídica: el contexto de este párrafo dentro del contexto de la aprobación de la Resolución 1514 (XV) es el contexto de la descolonización. El título de la misma no deja lugar a ninguna duda: «*Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*». Es decir, la idea de pueblo que está subyacente en el destinatario del derecho de autodeterminación es la del pueblo colonizado, que debe poder aspirar a determinarse políticamente sin la tutela de una potencia que lo domina, controla o administra. Por otra parte, para corroborar este objetivo y evitar una sesgada o interesada interpretación de la titularidad del derecho, el párrafo sexto resulta inequívoco en la defensa del principio de integridad territorial: «*todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas*».

Diez años más tarde, la Resolución 2625 (XXV) reiteraba el contenido del derecho de autodeterminación en términos muy similares, pero introducía una matización fundamental reforzando el principio de integridad territorial, que se ha denominado por la doctrina internacionista como 'cláusula de salvaguardia':

“Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y estén, por tanto, dotados de un gobierno

que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color”.

A partir de la aprobación de esta Resolución, pareció necesario afirmar la existencia de dos dimensiones diferentes en el ejercicio del derecho de autodeterminación: la interna y la externa. La ‘dimensión interna’ contemplaría el derecho de los pueblos a un gobierno democrático, que ampara la mencionada cláusula de salvaguardia. La ‘dimensión externa’ contemplaría el derecho a ostentar un estatus político internacional independiente; es decir su configuración como un Estado. Esta doble dimensión no era una novedad, pero sí revestía una notoria confusión y ambigüedad, facilitando que la dimensión externa pudiera considerarse un presupuesto necesario de la dimensión interna; o que se excluyeran determinadas formas políticas como realizadoras de la dimensión interna, al tiempo que se impugnara la presión externa como invalidante para el ejercicio de la dimensión externa¹¹⁷.

En medio de esta indefinición, y contra lo que cabe calificar como el sentido común, la mayoría de la doctrina internacionalista interpretó que esa referencia universalista «todos los pueblos», realizada por ambas Resoluciones, debía considerarse en toda la amplitud del término, sin restricciones (no especificadas en esos documentos), y en consecuencia, afirmó que el derecho

¹¹⁷ POMERANCE, M., *Self-Determination in Law and Practice. The New doctrine in the United Nations*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hage/Boston/London, 1982, p. 1. Como señala este autor, la ambigüedad premeditada de esta cláusula permitía a los dos bandos enfrentados en la Guerra Fría hacer su propia lectura: Estados Unidos consideraba que la autodeterminación interna era imposible bajo un régimen comunista, lo que serviría para justificar su intervención en Vietnam (y mucho más tarde en Haití) mientras que la versión leninista o estalinista del principio permitiría a la URSS excluir la autodeterminación externa de los Estados de su órbita, dado que esta posibilidad se reduciría a los Estados en los que existían diferencias de clases, lo que, supuestamente no ocurría en los Estados comunistas (*ibíd.*, p. 40).

de autodeterminación no podía limitarse a los pueblos sometidos a dominación colonial o a ocupación extranjera¹¹⁸.

De acuerdo con esta interpretación, la 'dimensión externa' del derecho de autodeterminación se proyectaría sobre los pueblos que no han podido constituir un Estado (territorios bajo dominación colonial o extranjera) y les otorgaría el derecho a decidir su futuro a través de una consulta a la población, en la cual, una de las opciones sería la independencia. La 'dimensión interna' del derecho de autodeterminación, que podría identificarse con el derecho a proveerse de un gobierno democrático, se proyectaría sobre al resto de pueblos que ya han constituido Estados, pero excluiría la posibilidad de la secesión, ya que reivindicarla como medio para conseguirlo chocaría frontalmente contra el principio de integridad territorial¹¹⁹.

Interpretado de esta forma, el derecho de autodeterminación podría superar su evidente contradicción con el principio de integridad. El relato quedaría del siguiente modo: las Naciones Unidas promovieron el derecho de autodeterminación como instrumento para que los pueblos sometidos pudieran liberarse del yugo colonial, incluso lo dotaron de un poder impensable en el momento de la aprobación de la Carta (el derecho a utilizar la fuerza armada contra las potencias coloniales), pero cuando se trata de Estados ya constituidos, sean los «viejos» Estados preexistentes a la Conferencia de

¹¹⁸ SOROETA, J. "El derecho a la libre determinación de los pueblos en el siglo XXI...", cit., p. 463; REMIRO BROTONS, A. (y otros), *Derecho Internacional*. cit., p. 166.

¹¹⁹ Así lo afirma Théodore Christakis para quien no cabe la secesión excepto en las situaciones de descolonización y ocupación militar, incurriendo en el error de calificar esas dos formas con la secesión, sin advertir que en aquellas no es aplicable el principio de integridad territorial (CHRISTAKIS, T., "La secession: une question de simple fait?", *Working Papers of the European Society for International Law*, 2008, p. 2).

Berlín, como los «nuevos» surgidos de la descolonización, entonces el principio prevalente ya no sería la autodeterminación sino la integridad territorial¹²⁰.

En palabras de Obieta Chalbaud, la postura de Naciones Unidas para la interpretación doctrinalmente mayoritaria podría resumirse así: “el derecho de autodeterminación solo lo poseen las colonias o territorios no autónomos que lo ejercen en la liberación colonial y, una vez obtenida esta, el derecho de autodeterminación cambia de naturaleza y, de ser un derecho de los pueblos, se convierte en un derecho del Estado ya constituido al mantenimiento de su integridad territorial, la cual es declarada absolutamente inviolable. En la práctica, sin embargo, esta interpretación puede también tener sus excepciones, como hemos visto, según lo exijan los intereses políticos del momento”¹²¹.

Desde esta perspectiva, la libre determinación se concibe como un derecho a la liberación nacional de las colonias y territorios no autónomos, mientras que los Estados constituidos tienen el derecho a la integridad territorial, que no puede ser menoscabado por el principio de libre determinación. El principio, así formulado, está restringido a los pueblos bajo dominación colonial y es, por consiguiente, inaplicable a los Estados soberanos.

De aquí se deduce que el derecho a la libre determinación tiene diferentes titulares: las comunidades, los pueblos, las naciones, las colonias, los territorios no autónomos y, por último, los Estados. Por ello, antes que nada, tenemos que tratar de establecer qué deberíamos entender por ‘pueblo’, para establecer con precisión quién o quiénes son los titulares del derecho y, como

¹²⁰ SOROETA, J. “El derecho a la libre determinación de los pueblos en el siglo XXI...”, cit., p. 464. PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid 2007, p. 240. Véase también GROS-ESPIELL, H., “En torno a la libre determinación de los pueblos”, cit., pp. 137 y 141.

¹²¹ OBIETA CHALBAUD, J.A., *El derecho de autodeterminación de los pueblos*, cit., p. 48.

consecuencia de ello, establecer cuáles son las implicaciones que este concepto puede tener en la confrontación de los principios de autodeterminación e integridad territorial propugnados por Naciones Unidas.

8.3.4. El 'pueblo' como sujeto del derecho de autodeterminación

A partir del año 1945, el Derecho internacional experimentará una profunda transformación, menos centrada en el modelo clásico y centralizado cuyo protagonista eran los Estados, y más centrada en el desarrollo y protección de la persona y de los pueblos¹²². El primer paso en esta transformación se produjo a raíz del famoso discurso de 'Los catorce puntos de Wilson', de 8 de enero de 1918¹²³, completado por el discurso del 12 de febrero de 1918, en el que definía la autodeterminación "como un principio de acción imperioso" y que consagraba este derecho como un protagonista indiscutible de la esfera internacional para el futuro de los 'pueblos'.

Los Estados dejaron de ser el único sujeto del Derecho internacional para dejar paso a otros sujetos como los 'movimientos de liberación nacional', las organizaciones internacionales, los individuos y, sobre todo, los 'pueblos'. Así pues, en esa nueva embocadura del Derecho internacional, el protagonismo fue compartido tanto por la autodeterminación como derecho, como por el sujeto de ese derecho: los pueblos. El propio preámbulo de la Carta se iniciaba con un "Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas..." y Las diversas Resoluciones, a las que ya nos hemos referido, reconocen al pueblo como titular de derechos, entre ellos, el derecho de autodeterminación.

¹²² PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, cit., p. 249.

¹²³ En el punto cinco se hacía mención expresa del derecho de autodeterminación de los pueblos.

No procede entrar aquí en el debate técnico sobre quién puede ser sujeto del Derecho internacional, en el cual unos sostienen la posibilidad de que haya actores diferentes a los Estados en cuanto al ejercicio de derechos restringidos¹²⁴, puesto que “son sujetos de derecho no solo aquellos que tienen la personalidad, sino también aquellos que tienen un derecho”, de manera que del reconocimiento del carácter de pueblo podría derivar su subjetividad internacional¹²⁵; y quienes cuestionan que el ‘pueblo’ pueda ser un sujeto de Derecho internacional puesto que no tiene capacidad para incurrir en responsabilidad penal o ser destinatario de sanciones internacionales¹²⁶, o porque carece de interlocución válida a la hora de reivindicar derechos ante los órganos internacionales¹²⁷. La cuestión relevante a nuestros efectos radica en que, más allá de los debates doctrinales, existe una evidente unanimidad en que el concepto de pueblo tiene una clara relevancia frente al Derecho internacional, al menos, en aquello que respecta al ejercicio del derecho de autodeterminación. Nuestra intención aquí, por tanto, es tratar de delimitar ese concepto puesto que suele ser utilizado con diferentes significados según el contexto en el que esto se realiza.

A tal efecto, hemos de partir de una primera constatación: el concepto de pueblo no ha sido definido ni precisado en ninguna declaración ni convenio internacional, ni tampoco por ningún órgano internacional como la Corte Internacional de Justicia, pese a haber tenido oportunidad de hacerlo en

¹²⁴ DIEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho internacional Público*, Tecnos, Madrid 2007, p. 290.

¹²⁵ RANJEVA, R., “Les peuples et les mouvements de libération nationale”, cit., p. 107

¹²⁶ BARBERIS, J.A. *Los sujetos del Derecho Internacional Actual*, Tecnos, Madrid 1984, p. 109. SALAS, G., “El concepto de pueblo”, en *Revista Cordobesa Der. Int. Público* (2013): 89.

¹²⁷ PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, cit., p. 270.

diversas ocasiones¹²⁸. Esta continuada indefinición hace pensar en su conveniencia para la praxis del Derecho internacional, al igual que lo viene siendo la indefinición de otros conceptos clave como el de nación, minoría, Estado, etc., que con frecuencia se utilizan de manera indistinta y confusa en los documentos internacionales. A pesar de todo, muchos autores han aportado definiciones más o menos afortunadas. Con unos u otros matices, casi todos vienen a coincidir en los elementos que Héctor Gros-Espiell señala:

*“... toute forme particulière de communauté humaine unie par la conscience et la volonté de constituer une unité capable d’agir en vue d’un avenir commun”*¹²⁹.

Gros-Espiell está aportando una definición política de pueblo que va mucho más allá de la sociológica, histórica y cultural, dado que su elemento distintivo radica en la *‘voluntad de constituer una unidad capaz de actuar con vistas a un porvenir común’*. Es decir, las personas se constituirían como pueblo, adquirirían un vínculo político, más allá del cultural e histórico, en la medida en que adquieren conciencia de constituirse como ‘Estado’; o lo que es lo mismo, en la medida en que reivindican su ‘soberanía’ para poder autodeterminarse. Desde esta perspectiva, el concepto de *pueblo* remite al concepto de *soberanía*, que

¹²⁸ En una de sus Opiniones consultivas sobre el Sahara distinguió entre ‘población’ y ‘pueblo’, pero sin aportan ninguna definición para cada uno de estos conceptos: “59. *La validité du principe d’autodétermination, défini comme répondant à la nécessité de respecter la volonté librement exprimée des peuples, n’es pas diminuée par le fait que dans certains cas l’Assambée Générale n’a pas cru devoir exiger la consultation des habitants de tel ou tel territoire. Ces exceptions s’expliquent soit par la considération qu’une certaine population ne constituait pas un ‘peuple’ pouvant prétendre à disposer de lui-même, soit par la conviction qu’une consultation eût été sans nécessité aucune, en raison de circonstances spéciales*” Vid CIJ – OC-1971, Sahara Occidental, p. 46.

¹²⁹ GROS-ESPIELL, H., *Le droit à l’autodétermination, application des résolutions de l’organisation des Nations Unies*, New York, Nations Unies, 1979.

fundamenta la libre determinación, entendida como el derecho del pueblo a forjarse a sí mismo sin la injerencia de ningún tipo de agentes externos.

También un amplio sector doctrinal identificó, en mayor o menor medida y con más o menos matices, el concepto político de pueblo con el de 'nación'. Tanto las teorías de la concepción objetiva, que se fijan en los datos físicos de una comunidad humana, como la raza, la lengua, la cultura, la religión, la historia común, las tradiciones, etc.; como las que se apoyan en elementos subjetivos, como la voluntad colectiva de constituir una entidad independiente, acaban identificando la idea de nación con la de un pueblo con conciencia de identidad¹³⁰.

Basados en estos presupuestos, la doctrina tradicional vinculó, de forma prácticamente inescindible, el concepto de pueblo (tal y como fue utilizado por naciones Unidas) con el derecho de autodeterminación y lo proyectó exclusivamente sobre el ámbito estricto de la descolonización, invistiendo de legitimidad internacional a los movimientos de liberación nacional¹³¹.

Para este específico propósito, la Resolución 1514 (XV) incluyó una definición de pueblo en los siguientes términos:

“Pueblo colonial es aquel que no ha alcanzado aún la plenitud del gobierno propio pero se encuentra en proceso hacia ese objetivo y habita en un territorio que está separado geográficamente del país que lo administra y es distinto de este en sus aspectos étnicos o culturales, sin perjuicio de poder tener en cuenta otros elementos de carácter

¹³⁰ RUILOBA SANTANA, E., “Una nueva categoría en el panorama de la subjetividad internacional: el concepto de Pueblo”, cit., p. 305-314.

¹³¹ RANJEVA, R., “Les peuples et les mouvements de libération nationale”, cit., p. 108. Fiore en su definición: “Asociación de los hombres que habitan el mismo territorio y que viven bajo las mismas leyes, unidos con el vínculo de la comunidad de intereses civiles, económicos, sociales y políticos”

administrativo, político, económico o histórico, susceptibles de influir en las relaciones entre la metrópolis y el territorio y reflejar que este se encuentra colocado arbitrariamente en un situación de subordinación”.

A partir de esta definición, como hemos visto, la Resolución incluía las diferentes formas en las que un pueblo de estas características podía acceder a la autodeterminación: recurriendo a la secesión (impropia), la asociación y la integración.

Por consiguiente, si bien parece claro que los pueblos bajo dominación colonial tienen expedito el derecho a ejercer la libre determinación a través de la constitución de un Estado propio: ¿son éstos los únicos titulares del derecho de libre determinación? Remiro Brotons no lo entiende así:

“Identificar a los pueblos titulares del derecho a la autodeterminación con las poblaciones establecidas dentro de los límites inviolables del territorio –tal cual– de una colonia o, en su caso, de un Estado, es una licencia –nada poética– que permite contener la inevitable inclinación desestabilizadora del principio, impidiéndole deslizarse hasta el amparo de los movimientos secesionistas de pueblos o colectividades que, dentro del Estado, presumen de una conciencia nacional diferenciada. Por supuesto que existen mimbres para su articulación teórica. Siguiendo la línea de las soberanías actuales y virtuales que puede dibujarse tanto en la lucha anticolonialista como en la revolucionaria, Ch. Chaumont sugirió hace años la posibilidad de trazarla también en la lucha secesionista pues, decía, detrás de la soberanía actual de un pueblo puede aparecer la soberanía virtual de otro pueblo dominado por el primero y que no ha podido aún constituirse en Estado. Atentos a su propia conservación, los Estados han colocado el *off limits* en el umbral de un espacio tan

peligroso para aquella y han hecho de su integridad territorial el valor jurídicamente relevante”¹³².

González Campos¹³³, Pastor Ridruejo¹³⁴ y Obieta Chalbaud¹³⁵, comparten esta corriente afirmando que, en su momento, las Naciones Unidas incurrieron en un error al establecer limitaciones al derecho de autodeterminación que han originado una fuente de permanente conflicto y tensión internacional, dándoles la espalda a la realidad y a las enseñanzas de la historia:

“[...] Esta interpretación del derecho de autodeterminación dada por la Asamblea General contradice paladinamente a 150 años de historia y de realizaciones. Ni el principio de nacionalidades como se formuló y aplicó en el siglo XIX, ni la autodeterminación que propugnó el presidente Wilson, ni el uso que de ella hizo la Sociedad de Naciones avalan la interpretación de la Asamblea General. De ser esta verdad, no existirían hoy como Estados ni Grecia, ni Italia, ni Noruega, ni Finlandia, ni Polonia, ni Checoslovaquia, ni Islandia, ya que todos ellos hicieron uso de la autodeterminación, pero ninguno de ellos fue nunca una colonia y, por otra parte, los Estados a los que pertenecían –el Imperio Turco, el Imperio Austro-Húngaro, el Reino de Suecia, el Imperio Ruso y el Reino de Dinamarca– hubiesen tenido también un derecho inviolable a su integridad territorial”¹³⁶.

¹³² REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público*, cit., p. 112-113.

¹³³ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ L.I., ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA. P., *Curso de Derecho internacional público*. Civitas, 1998, p. 776-784.

¹³⁴ PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, cit., p. 240

¹³⁵ OBIETA CHALBAUD, J.A., *El derecho de autodeterminación de los pueblos*, cit., p. 49.

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 33.

Desde esta perspectiva, el derecho de libre determinación de los pueblos se concibe como un derecho humano colectivo, que posee todo pueblo por el simple hecho de serlo. Ningún pueblo puede ser privado de él porque es inherente a la colectividad y a las personas que la constituyen¹³⁷.

8.3.5. El derecho de autodeterminación y sus límites

Una vez establecido, por parte de naciones Unidas y por parte de la doctrina internacionalista, el concepto político de pueblo como sujeto titular del derecho de autodeterminación, la cuestión radica en determinar cómo puede un pueblo ejercer ese derecho; es decir, cuál es el alcance del principio de libre determinación, establecido como principio estructural para el Derecho internacional en la Resolución 2625 (XXV).

Como ya hemos recordado, la consagración de la autodeterminación como derecho de los pueblos se produjo con su inclusión en el encabezamiento de los dos Pactos de 1966, si bien su ejercicio resultaba modulado por la denominada 'cláusula de salvaguardia'. En este sentido, autores como Diez de Velasco sostienen que la autodeterminación está configurada en el Derecho internacional como un auténtico derecho subjetivo, cuya titularidad corresponde a todos los pueblos y cuya naturaleza entronca con los derechos humanos de tercera generación, que ha sido reconocido, con carácter jurídico-consuetudinario, en el plano jurisprudencial, por la Corte Internacional de Justicia, en sus Opiniones consultivas de 1971 sobre el asunto de Namibia (REC 1971: 33) y de 1975 sobre el asunto del Sáhara Occidental (REC 1975: 31-33). Que se trata de un derecho oponible *erga omnes* (CIJ, asunto Timor Oriental, REC 1995:102) y que se fundamenta en un principio jurídico

¹³⁷ GROS ESPIELL, H., *Le droit à l'autodétermination...*, cit., p. 140.

internacional de carácter estructural. Todo ello supone dotar a este derecho de su estatus como *ius cogens*¹³⁸.

Este principio de libre determinación de los pueblos estaría conformado por un haz de cuatro derechos, autoafirmación, autodefinición, autodelimitación y autodeterminación¹³⁹.

a) Derecho de autoafirmación

La autoafirmación es una expresión de la voluntad colectiva de un pueblo que se reconoce a sí mismo como una entidad con características definidas e intereses propios y diferentes a los del resto de colectividades del orbe. Si no existiera constancia de una voluntad popular que manifiesta su distinción frente a los demás, no podríamos hablar, en ningún caso, de libre determinación. El significado del derecho de autoafirmación puede descomponerse en dos aspectos principales: por un lado, la capacidad exclusiva de todo pueblo de proclamar su existencia, de considerarse a sí mismo una unidad diferente, exenta de toda injerencia extraña al grupo que ejerce este derecho. Por otro lado, el derecho del pueblo a que su autoafirmación sea reconocida y aceptada por los demás, asumiendo todas las consecuencias que de ello se desprendan.

b) Derecho de autodefinición

El derecho de autodefinición es simplemente la capacidad que tienen los pueblos de determinar, sin intervenciones de extraños, quiénes son los individuos que conforman el grupo y quiénes no cumplen con los requisitos para pertenecer al mismo. En el fondo, la cuestión está en que al grupo no se

¹³⁸ DIEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho internacional Público*, cit., p. 294.

¹³⁹ OBIETA CHALBAUD, J.A. *El derecho de autodeterminación...*, cit., p. 64-65.

le puede imponer la incorporación de personas extrañas, como tampoco es permisible imponer al individuo o al grupo la pertenencia a otro diferente.

c) Derecho de autodelimitación

El derecho a la autodelimitación es el que permite al grupo establecer los límites de su territorio. La importancia del respeto a este derecho está en que, si tal delimitación no estuviese en manos del propio pueblo, se encontraría fácilmente expuesto a dos grandes dificultades: que se le restrinja el territorio o que sea extendido exageradamente para incluir otras comunidades que diluyan la población del grupo. Sin embargo, debemos considerar que tampoco es factible que el grupo establezca su territorio sin ningún tipo de control, puesto que ello podría producir irregularidades como la de extenderse más allá de lo que legítimamente pueda corresponderle. Por ello, el ejercicio del derecho de autodelimitación debe enmarcarse dentro del siguiente procedimiento:

- La delimitación la efectúa el propio pueblo basándose en el principio histórico.
- Si el principio histórico ofrece dudas razonables sobre la delimitación correspondiente, debe apelarse al principio étnico.
- El principio étnico, coincidencia entre pueblo y territorio, se manifiesta a través de un plebiscito que determinará, en definitiva, el territorio que pertenece al grupo según lo expresen los individuos consultados.

En este sentido, será más conveniente realizar un plebiscito, independientemente del principio que se utilice para efectuar la delimitación, ya que este procedimiento, otorgando mayor legitimidad a la delimitación, se la dará también a la determinación.

d) Derecho de autodeterminación

Se considera, por lo general, que la libre determinación es una aspiración de algunos conglomerados nacionales que se consideran diferentes a otros bajo los que, aparentemente, se encuentran sometidos. Se deja de lado la idea de que las naciones, de una u otra manera, se han constituido y se han mantenido o diluido en virtud de este derecho, puesto que justamente en virtud de la autodeterminación es como los pueblos adquieren cualquiera de las estructuras políticas, previstas en la Resolución 1541 (XV):

- Un Estado soberano e independiente;
- La asociación libre con otros Estados;
- La integración a otro Estado independiente; o
- La adquisición de cualquier otra condición política, tal como lo establece la Resolución 2625 (XXV) de 1970.

En este sentido, como ya hemos recordado, cabría establecer dos aspectos en el derecho a la autodeterminación: uno externo, por el cual se tiene la posibilidad de determinar el estatuto político y económico en el plano internacional; y otro interno, por el que se puede determinar el régimen político y social. La unidad de estos dos aspectos constituiría el contenido completo del derecho a la autodeterminación.

Por *Autodeterminación Externa* debemos entender la facultad que posee una colectividad, sin interferencias de terceros, de establecer su estatus político y el tipo de relación que mantendrá con otras colectividades. Esta facultad supone el reconocimiento del derecho a formar un Estado independiente, a la separación con el fin de adherirse a otro Estado o a unirse, sobre la base de la federación u otro tipo de organización política, con el Estado de que formaba

parte¹⁴⁰. Y aquí es donde deben solventarse los conflictos con el otro gran principio del Derecho internacional: el de integridad territorial, lo cual convierte el ejercicio de este derecho en excepcional y limitado al contexto colonial.

En el contexto colonial, cabría distinguir cuatro fases en su ejercicio:

1. La integridad territorial de la que forma parte la colonia exige que el pueblo sobre el cual ejerce control administrativo el estado matriz pueda ejercer ese derecho conforme al principio *uti possidetis iuris*, impidiendo que se produzcan nuevas secesiones dentro del Estado surgido de la descolonización.
2. Su ejercicio impide al Estado matriz hacer uso de la fuerza como policía interior para reprimir el movimiento de liberación, porque la potencia colonial es ya considerada extranjera. Y, además, la Resolución 1514 (XV) impone la cesación de toda acción armada o represiva entre ello bajo amenaza de considerarla un conflicto internacional. Sin embargo, se considera legítimo el recurso a la fuerza por parte de un pueblo colonial y la ayuda internacional que reciba para ese fin de Estados extranjeros, destinada a liberarse de la potencia opresora. En este caso

¹⁴⁰ REMIRO BROTONS, A. *Derecho Internacional Público.*, cit., p. 117. Como algunos han afirmado, cada vez que hablamos de libre determinación, solemos pensar involuntariamente en la disgregación de un Estado o de parte de un Estado. Este prejuicio es el que ha dañado el desarrollo y fortalecimiento del principio, puesto que ningún Estado ha querido sentenciarse a una disgregación o fragmentación. Pero la finalidad de la libre determinación es ante todo establecer las condiciones que permitan a un pueblo llevar una vida plenamente libre y pacífica y, en consecuencia, decidir por sí mismo su futuro. La libre determinación no significa independencia porque su ejercicio puede traducirse en una serie de posibilidades distintas como independencia, autonomía, federación o confederación, de tal modo que puede identificarse libre determinación con soberanía al establecer que este derecho es una forma de expresión de la soberanía nacional y, en muchos casos, de la soberanía estatal (Vid. OBIETA CHALBAUD, J.A. *El derecho humano a la autodeterminación...*, cit., p. 118).

no se considerará injerencia, ni violará el principio de no intervención, al tratarse de dos entidades jurídicas diferentes.

3. Este derecho no podía ejercerse por parte de las poblaciones sobrevenidas en territorios no autónomos cuando, al producirse el hecho colonial, carecieran en ese territorio de población autóctona, aunque luego sí se tuvieron en cuenta como sucedió en Maldivas o Gibraltar.
4. Una vez ejercitado el derecho, este se agota¹⁴¹.

Por *Autodeterminación Interna*, debemos entender la facultad que posee la colectividad de adoptar el sistema de gobierno, en lo político, y el régimen económico que sus integrantes consideren más conveniente para la consecución de sus aspiraciones y su desarrollo armónico e integral, libres de toda injerencia extraña al grupo¹⁴².

En este caso estamos ante la posibilidad de que un pueblo pueda dotarse de autogobierno dentro de un Estado ya constituido, por virtud del principio democrático y teniendo como límite el principio de integridad territorial, que seguiría prevaleciendo sobre la autodeterminación, salvo situaciones excepcionales que legitimarían el recurso a la autodeterminación externa, más

¹⁴¹ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público.*, cit., p. 190-191.

¹⁴² MILLER, D., *Sobre la nacionalidad. Autodeterminación y pluralismo cultural*. Barcelona: Paidós, 1997, pp. 105-147. Como ejemplo, podemos citar el caso ocurrido con ocasión de la llamada Primavera de Praga, cuando el Gobierno Checoslovaco, en el ejercicio del aspecto interno de su derecho de autodeterminación, se propuso emprender determinadas reformas en aspectos políticos y económicos. A pesar de ello, el régimen comunista de la Unión Soviética no aceptó estos cambios y, por la fuerza, obligó al pueblo checo a permanecer dentro de los cánones preestablecidos por el marxismo-leninismo, sin permitir ningún tipo cambio, evolución o matiz que la Unión Soviética no considerara conveniente

allá del contexto colonial, y que se ampararían en la que hemos llamado la cláusula de salvaguardia¹⁴³.

Cabría considerar aquí, por ejemplo, el supuesto de los pueblos anexionados, una vez que la conquista haya sido condenada por la comunidad internacional como un modo ilegítimo de adquisición del dominio territorial. Es decir, cuando la dominación extranjera de un pueblo y la ocupación de su territorio se homologó con la dominación colonial por las Resoluciones de Naciones Unidas, tal y como ha sucedido con los países Bálticos, Eritrea o el Tibet.

También cabría considerar aquí los supuestos de pueblos oprimidos y sometidos a prácticas de genocidio, violación masiva de derechos humanos, destrucción de su identidad o discriminación política y social grave y sistemática. La resolución de 1998, de la Corte Suprema de Canadá, en relación con la pretendida secesión de Quebec, identificó estos supuestos con meridiana claridad¹⁴⁴.

En todo caso, incluso aunque se verificara alguna de estas circunstancias excepcionales que pudiera legitimar la autodeterminación externa, tampoco esto supondría un acceso directo y automático a esta vía como en el caso de los pueblos coloniales¹⁴⁵.

¹⁴³ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público*, cit., p. 193.

¹⁴⁴ Corte Suprema Canadá, 20 de agosto de 1998, párr. 138: “el derecho a la libre determinación en el Derecho Internacional da a lo sumo un derecho de libre determinación externa en situaciones de antiguas colonias, en el caso de los pueblos oprimidos como los pueblos bajo ocupación militar extranjera; o donde a un grupo definible se le niega el acceso real al gobierno para proseguir su política económica, social y cultural. En los tres casos, las personas implicadas tienen el derecho de libre determinación externa, ya que se les niega la posibilidad de ejercer, a nivel interno, su derecho de autodeterminación. Estas circunstancias excepcionales no son manifiestamente aplicables al caso de Quebec en las condiciones actuales.”

¹⁴⁵ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público*, cit., p. 118.

Debemos precisar que el derecho de libre determinación de los pueblos es potestativo, por lo tanto, susceptible de no ser ejercido por el grupo, aunque tenga legítimo derecho a ello. Inclusive, siendo un conglomerado de derechos, es perfectamente posible ejercer uno de sus componentes y no otros. En tal sentido, un grupo puede autoafirmarse y autodefinirse sin tener, necesariamente, que ejercer otros derechos derivados de la libre determinación. Incluso podría, en el ejercicio de la autodeterminación interna, asociarse a otro grupo y aceptar las condiciones de autodeterminación externa de este¹⁴⁶.

8.3.6. Críticas a la interpretación restrictiva del derecho de autodeterminación

Las críticas relacionadas con el principio de libre determinación de los pueblos pueden agruparse del siguiente modo: las que se dirigen a los sujetos que se califican como pueblos, las referentes a la aplicación del principio mismo y las formuladas respecto de las consecuencias de su aplicación.

Como ya se ha señalado, la crítica principal que buena parte de la doctrina realiza a la formulación del principio de libre determinación de los pueblos consiste en la identificación de los *pueblos* sujetos del derecho de libre determinación con los *pueblos* bajo dominación colonial:

¹⁴⁶ Un ejemplo paradigmático es Puerto Rico, que fue colonia estadounidense desde fines del siglo XIX: el 4 de junio de 1951 su población tuvo la oportunidad de elegir su situación, cuando aprobó mediante referéndum una ley dictada por el Congreso de Estados Unidos que les garantizaba el derecho a redactar su propia Constitución, que se dio marzo de 1952. La sección 1 de su artículo 1 establece que: "Se constituye el Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Su poder político emana del pueblo y se ejercerá con arreglo a su voluntad, dentro de los términos del convenio acordado entre el pueblo de Puerto Rico y los Estados Unidos de América".

“[...] no se puede encontrar ninguna base jurídica, ni la ha propuesto la Asamblea [de las Naciones Unidas], para establecer la distinción arbitraria entre colonias y otra clase de pueblos oprimidos, y para reservar solo a aquellas el derecho a la autodeterminación”¹⁴⁷.

Por otra parte, una interpretación así del principio dificulta seriamente distinguir e identificar con claridad el propio concepto de pueblo¹⁴⁸.

En esta misma línea, se ha señalado que a la libre determinación se la ha concebido y aplicado bajo un doble aspecto: el primero, el de liberación colonial, en el cual prevalece sobre el principio de integridad territorial; el segundo, que se desarrolla una vez producida la descolonización, en el cual prevalece y se garantiza la integridad territorial. Si aceptamos esto,

“[...] al afirmar que el derecho de autodeterminación se agota con la liberación colonial y que, una vez obtenida esta, se transforma en un derecho del Estado a su integridad territorial, se deja sin sentido el principio mismo de que todos los pueblos tienen el derecho de libre autodeterminación y, por otra parte, se lo desnaturaliza totalmente, puesto que de ser un derecho del pueblo a disponer de sí mismo se ha convertido en un derecho del Estado a su territorio”¹⁴⁹.

En definitiva, para algunos resultaría necesaria una reformulación o, en todo caso, una redefinición del principio, dirigida a evitar la posibilidad de que las grandes potencias hagan de la libre determinación un medio para intervenir en

¹⁴⁷ OBIETA CHALBAUD, J.A., *El derecho de autodeterminación...*, cit., p. 50.

¹⁴⁸ Se han subrayado difíciles problemas teóricos en este tema, dada la dificultad para precisar el concepto pueblo y de diferenciarlo claramente de otros análogos. GROS-ESPIELL, H., *Le droit à l'autodétermination...*, cit., p. 143.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 50.

los asuntos de otros Estados, lo cual se ha verificado en más de una oportunidad¹⁵⁰.

Como ha señalado con acierto Remiro Brotons en el siguiente párrafo, solo la conciencia de la existencia de un profundo abismo entre teoría y realidad, y la subsanación de esa grieta, podrían dar respuesta a los problemas existentes:

“El Estado tiene derecho a elegir sin injerencias su destino. La libre determinación reclama, además, que esta opción se ejerza por el pueblo en libertad. De ser así, libre determinación y soberanía irán de la mano; la soberanía será auténticamente popular, estará al servicio del hombre. Pero ¿y de no ser así? ¿Y si la base social vive divorciada de y oprimida por un gobierno no representativo que destruye su dignidad en beneficio de una clase dominante o de una *nomenklatura*? ¿Cabe repetir el recurso a la soberanía virtual del pueblo para justificar el apoyo a la lucha revolucionaria contra el aparato del Estado y la intervención? ¿Cabe aceptar, sin más, la confrontación entre libre determinación y soberanía y apostar por la primera antes que por la incondicionada liberación dentro de cada Estado de sus fuerzas domésticas, pero solo de ellas? En una sociedad internacional débilmente organizada e ideológicamente dividida, ¿es prudente hacer de aquel un principio jurídico superior a cualquier otro principio? Los retoños de la vieja y seca intervención de humanidad y cualesquiera otras dignas motivaciones, ¿no servirán una vez más, en un juego maniqueo, como cobertura de la tiranía de la fuerza y de injerencias no deseables? ¿La paz y seguridad internacionales sufren porque el derecho de los pueblos a determinar libremente su destino es conculcado en sus mismos Estados o porque otros sujetos atienden a su propio y tal vez parcial juicio, no están dispuestos ya a consentirlo, interviniendo

¹⁵⁰ OBIETA CHALBAUD, J.A., *El derecho de autodeterminación...*, cit., p. 97.

progresivamente en asuntos que se han arrancado a la competencia doméstica y provocando una escalada de acciones y reacciones cada vez más violentas? Y al final, actuando el cambio y restableciendo la paz, ¿habrá recuperado el pueblo su libertad o acaso habrá cambiado solo el signo de la tiranía?”¹⁵¹

En nuestra opinión, la distinción de las dos vertientes del derecho de libre determinación (que hoy nadie discute) no definió el alcance ni los sujetos y ha generado bastantes problemas. Consideramos que el contexto en el que se aprobaron no solo las Resoluciones mencionadas, sino también los Pactos Internacionales de 1966, era lo suficientemente claro como para poder afirmar que la aplicabilidad del derecho de libre determinación se restringía a los pueblos sometidos a dominación colonial, extranjera o vulneradora de sus derechos básicos. No parece lógico ampliar su alcance a “todos los pueblos”, para luego restringirlo, en el caso de Estados ya constituidos, al derecho a un gobierno democrático, máxime cuando la literalidad de la ‘cláusula de salvaguardia’ supondría que la violación de la vertiente interna del derecho legitimaría, abriría las puertas, a la vertiente externa.

Por otra parte, es cierto que el vínculo que la propia Asamblea General estableció entre el principio democrático y el derecho de autodeterminación¹⁵² abre la posibilidad de escenarios potencialmente conflictivos: Estados Unidos justificó sus ilegales intervenciones militares en Granada o Haití sobre la base del supuesto «derecho de autodeterminación interno» de la población.

¹⁵¹ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público*, cit., p. 113.

¹⁵² Véase, por ejemplo, la Resolución 55/96 de la Asamblea General, de 28 de febrero de 2001, o las más explícitas 64/12, de 22 de diciembre de 2009, o 64/155, de 8 de marzo de 2010, que, a propósito del apoyo de la ONU “a los esfuerzos de los gobiernos para promover y consolidar las democracias nuevas o restauradas”, reafirman “la necesidad de respetar debidamente la soberanía, el derecho a la libre determinación y la integridad territorial”.

Con todo, como señala Soroeta, estamos ante un debate ya superado¹⁵³. Así, por ejemplo, la Recomendación General XXI del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, relativo al derecho a la libre determinación (2004), recordaba el deber de los Estados de cumplir con el contenido de la *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*¹⁵⁴, derechos que vinculaba con el aspecto interno del derecho de autodeterminación, para disociarlos del aspecto externo, que vinculaba expresamente con los pueblos sometidos a “toda sujeción, dominio y explotación del extranjero”, para concluir que “el Derecho internacional no ha reconocido el derecho general de los pueblos a declarar unilateralmente su secesión de un Estado”, lo que no impediría “la posibilidad de llegar a acuerdos concertados libremente por todas las partes interesadas”¹⁵⁵. Por ello no vale la pena extenderse más en la cuestión¹⁵⁶.

Pero lo que sí debemos subrayar es que para comprender el sentido de la *cláusula de salvaguardia* de la Resolución 2625 (XXV), hay que situarse en el contexto de la descolonización, momento en el cual se aprobó. Su principal objetivo era presionar a los nuevos Estados surgidos de aquella para que respetaran los derechos fundamentales de numerosos pueblos que, en muchos casos, divididos por las fronteras artificiales establecidas por las potencias coloniales, quedaron en franca minoría frente a otros grupos étnicos que

¹⁵³ SOROETA, J., “El derecho a la libre determinación de los pueblos en el siglo XXI”, cit., p. 28.

¹⁵⁴ Resolución 47/135, aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1992.

¹⁵⁵ En el mismo sentido, el Consejo de Europa ha desvinculado los conceptos de secesión y autodeterminación, al señalar que, si la secesión es generalmente ajena al Derecho constitucional, la autodeterminación en su aspecto interno no lo es, aunque debe ser disociada de la primera [Documento del Consejo de Europa CDL-DI (1999) 2].

¹⁵⁶ Sobre el desarrollo del concepto de autodeterminación interna, véase la completa obra de CHRISTAKIS, T., *Le Droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, La Documentation Française, Paris, 1999.

ostentaban el poder en el momento del acceso a la independencia, y que corrían el riesgo de ser marginados y discriminados por el nuevo Estado.

Tal y como, desgraciadamente, el tiempo se encargaría de demostrar, tales temores resultaron muy fundamentados. En ese sentido, gracias a esta cláusula, pasaron a incluirse entre los destinatarios del derecho a la libre determinación los pueblos sometidos a un régimen racista¹⁵⁷. Pero el grupo de Estados que formaba las Naciones Unidas, al que se incorporó parte los nuevos Estados surgidos de la descolonización, no estaba dispuesto a alentar movimientos secesionistas que, amparados en el derecho de autodeterminación, pretendieran la separación de una parte de su territorio, en coherencia con la práctica seguida hasta entonces por la ONU en conflictos como los de Katanga o Biafra. Por ello, como regla general, una vez que se ejerce el derecho de autodeterminación (en su vertiente externa), este se considera agotado (*'one-shot affair'*)¹⁵⁸, y es a partir de aquí cuando el principio aplicable prevalente es el de la integridad territorial del Estado y el del gobierno democrático (autodeterminación interna). Obviamente, nada que objetar al caso de que un Estado decida libremente reconocer en su ordenamiento interno ese derecho, pero se trataría ya de una cuestión de orden interno, sobre la que nada tendría que decir el Derecho internacional¹⁵⁹.

Pese a que, en la práctica, las Naciones Unidas han seguido esta interpretación, de la literalidad de la *cláusula de salvaguardía* se deriva que los destinatarios del derecho de autodeterminación 'externa' no son solo los

¹⁵⁷ Esta afirmación había sido hecha previamente por la Asamblea General en el contexto de los regímenes de *apartheid*, y fue confirmada por el Relator Especial Gros-Espuell en relación con los casos de Palestina, Namibia, Rodesia del Sur y Sudáfrica (GROS-ESPIELL, H., "El Derecho a la libre determinación...", cit., p. 59).

¹⁵⁸ POMERANCE, M., "Self-Determination in Law and Practice", cit., p. 75.

¹⁵⁹ SOROETA, "El derecho a la libre determinación de los pueblos en el siglo XXI: cit., p. 31.

pueblos sometidos a dominación colonial, ocupación extranjera o un régimen racista, sino también cualquier otro al que se le impida ejercer el derecho de autodeterminación 'interna', caso en el que el principio de integridad territorial de los Estados cedería ante este derecho. Se trata de un debate aún abierto, que abordaremos a continuación, a raíz de la Opinión consultiva de la CIJ sobre Kosovo¹⁶⁰. Pese a que la Corte eludió pronunciarse sobre la existencia en el Derecho internacional de la autodeterminación como '*remedial secession*', fueron mayoría los Estados que, de una forma o de otra, se refirieron a él.

No obstante, a falta de un pronunciamiento de la CIJ, el soporte doctrinal de los supuestos de autodeterminación tiene como referencia el celeberrimo dictamen del Tribunal Supremo de Canadá, de 20 de agosto de 1998, que aludía expresamente a la citada *cláusula de salvaguardia*, para negar su aplicabilidad a Quebec. Aunque se trata de la opinión de un tribunal interno de un Estado, la propia CIJ se llegó a referir a él:

“El Derecho internacional tan solo reconoce el derecho de autodeterminación a los pueblos sometidos a dominación colonial, a los sometidos a una ocupación extranjera, y a los que se les impide ejercer útilmente su derecho de autodeterminación en el interior de un Estado del que forman parte [...]. El Estado cuyo Gobierno representa al conjunto del pueblo o de los pueblos que residen en su territorio en igualdad y sin discriminaciones, y que respeta los principios de autodeterminación en sus aspectos internos, tiene derecho al mantenimiento de su integridad territorial en virtud del Derecho internacional y al reconocimiento de esta integridad por los otros Estados.

¹⁶⁰ Conformidad con el Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo (Opinión consultiva de 22 de julio 2010, CIJ, Rec. 2010).

En conclusión, Quebec no constituye un pueblo colonizado u oprimido, y no se puede pretender tampoco que a los quebequenses se les niegue un acceso real al gobierno para asegurar su desarrollo político, económico, cultural y social [...] Por ello la Asamblea Nacional, la legislatura, o el Gobierno de Quebec no poseen, en virtud del Derecho internacional, el derecho de proceder unilateralmente a la secesión de Quebec de Canadá”¹⁶¹.

Tras casi medio siglo desde la aprobación de la Resolución 2625 (XXV), esa resolución es la única referencia dogmática, con cierta relevancia internacional, a la *cláusula de salvaguardia*, y apunta a la posibilidad de que, cuando un Estado deniega el ejercicio del derecho de autodeterminación interno a un pueblo, y viola masivamente los derechos humanos de su población, abre a ese pueblo las puertas al derecho de secesión. En nuestra opinión, bien pudo ser el caso de Kosovo, como veremos a continuación.

9. ¿ES KOSOVO UN ‘PUEBLO’ TITULAR DEL DERECHO DE LIBRE DETERMINACIÓN?

Aquí nos adentramos en una cuestión bastante debatida, como ya hemos ido viendo. Determinar el alcance de la expresión *pueblo* significa determinar quiénes son los sujetos del derecho a la autodeterminación. En otras palabras, dada la amplitud del término pueblo, y teniendo en cuenta las distintas posiciones doctrinarias al respecto, dependerá del concepto de *pueblo* que uno utilice para determinar qué grupo humano tendrá derecho a la libre determinación, y por ende a resistirse legítimamente –aun por medio de la

¹⁶¹ Tribunal Supremo de Canadá, 20 agosto 1998, párr. 193.

fuerza– a que una potencia le impida el ejercicio de ese derecho. Al mismo tiempo, dicho concepto también excluirá a otros grupos humanos como titulares del derecho en cuestión, para los cuales sus aspiraciones de autodeterminación no estarán regidas ni amparadas por el Derecho internacional, sino que deberán encauzar esas aspiraciones de autogobierno por la vía de una autonomía dentro del ámbito del Derecho interno del Estado en el cual la pretendan.

Obviamente, en aquellos supuestos en los que no resulte de aplicación directa la autodeterminación por la vía del Derecho internacional, esta vía podría ser aplicable de manera subsidiaria, si es que se constataran agresiones contra el grupo humano en cuestión, constitutivas de violaciones al *ius cogens*, en aplicación de la ‘cláusula de salvaguardia’ a la que ya hemos hecho referencia y que fue invocada por muchos cuando se produjo la internacionalización del conflicto de Kosovo en 1998. Junto a esto, como demuestra la práctica en estas situaciones, deberá concurrir también la voluntad política de algún organismo internacional y/o de alguna de las grandes potencias para constatar esas violaciones y erigirse en defensor de los derechos vulnerados, en nombre de la legítima defensa colectiva¹⁶².

Como vimos, el concepto de *Pueblo*, reconocido por el Derecho internacional como titular del derecho a la libre determinación es el ‘pueblo sujeto a dominación extranjera’; es decir, el Derecho internacional ha restringido la titularidad del derecho a los supuestos de pueblos ‘colonizados’. Y se entiende

¹⁶² Así sucedió en Darfur, Sudán, donde podría haberse aplicado esto dada la tremenda y evidente violación de derechos humanos, pero el Consejo de Seguridad de la ONU estaba trabado por el veto de China, y no existía ninguna organización internacional ni Estado que quisiera asumir la legítima defensa colectiva, por no ‘contrariar’ al gigante asiático. También, como se comprueba en la praxis internacional, las Resoluciones programáticas de la Asamblea General no suelen ser demasiado eficaces.

por tales, a los *pueblos-nación*, es decir, a aquellos grupos humanos homogéneos y que además tienen ‘vocación nacional’, no solo que posean determinadas características que los diferencian dentro de la población de un Estado colonizador. A grandes rasgos, el titular del derecho de autodeterminación es el *pueblo-nación* que se presenta como sojuzgado por la fuerza, como homogéneo (nacional, étnica, o religiosamente hablando) y como diferenciado de la población del Estado colonizador. Y, además, el territorio en que se asienta debe estar separado geográficamente del territorio de la potencia colonial. Esta definición de *pueblo* es la que fue recogida por el *Comité de Descolonización de las Naciones Unidas* y en virtud de ella han accedido a la independencia numerosos pueblos sobre todo de África y Asia después de la II Guerra Mundial, muchos de ellos después de una cruenta lucha de liberación nacional (Argelia, Zaire, Namibia, etc.)¹⁶³.

Pero este concepto ha incluido también, en algunos casos extremos, a pueblos no calificados como ‘colonizados’, sino más bien ‘conquistados’ u ‘ocupados’ por la fuerza militar de una potencia extranjera. Así, desde su nacimiento, la Asamblea General ha condenado distintos eventos de ocupación y agresión militar, en los cuales se ha visto afectado el derecho de esos pueblos a la autodeterminación. En ese sentido la Asamblea General ha condenado, entre otras, las invasiones soviéticas de Hungría (1956) y Afganistán (1979), la ocupación china del Tíbet (1959), la ocupación turca de Chipre del Norte (1975), la ocupación israelí de territorios árabes (1967), la invasión iraquí a Kuwait (1990), las acciones en Timor Oriental (1975) y Camboya (1979), etc. Al tiempo de efectuar la condena de estas agresiones, la Asamblea General exhortó a la comunidad internacional a no reconocer las nuevas entidades políticas creadas por el invasor/agresor por atentar contra el derecho de los

¹⁶³ DRNAS DE CLÉMENT, Z., “Kosovo y la legalidad de la acción militar de la OTAN, 2001” (disponible en www.acaderc.org.ar).

pueblos sojuzgados. Y, en consecuencia, a no convalidar de ningún modo las situaciones creadas por la fuerza¹⁶⁴.

Si acudimos a otro concepto mucho más amplio de *pueblo*, entendido como porción de la población del territorio de un Estado, que decide autogobernarse, entonces nos adentramos en un terreno muy espinoso. En realidad, este concepto de 'pueblo' está más vinculado a la denominada autodeterminación interna. No obstante, la línea divisoria entre la reivindicación de una amplia autonomía interna y la reivindicación de independencia suele ser muy tenue, generándose en la práctica, según este concepto, que cualquier grupo humano bien cohesionado acabe reivindicando el derecho a esta última. Si aceptamos este concepto amplio, entonces la titularidad del derecho de autodeterminación la ostentarían tanto los pueblos colonizados o sojuzgados por la fuerza, como aquellas minorías nacionales instaladas en un territorio dentro de un Estado. Es decir, que cualquier grupo humano, con suficiente voluntad y decisión de autodeterminarse, podría hacer valer su derecho en el marco del Derecho internacional y, en consecuencia, independizarse del Estado en cuyo territorio se encuentran. Este concepto de pueblo no está consagrado en la praxis del Derecho internacional.

Por último, cabría considerar un concepto de pueblo basado en el carácter étnico. Esto significaría que, alrededor del 90% de los Estados actuales, podrían enfrentarse a algún tipo de reivindicación independentista dentro de sus territorios, dada la composición pluriétnica de los todos ellos. En este sentido, al margen de los supuestos más conocidos en este ámbito (kurdos, palestinos, escoceses, catalanes, vascos, etc.), dentro del concepto étnico de

¹⁶⁴ PAZ, A., "El caso Kosovo pone en evidencia las falencias del derecho internacional", en *Revista electrónica cordobesa de Der. Int. Púb.* l n° 1 (2008): 22.

pueblo deberíamos incluir a los pueblos indígenas, muy significados en el ámbito iberoamericano.

En Kosovo, tanto los albanokosovares como los serbokosovares han habitado el territorio durante siglos. No obstante, los albanokosovares se identifican a sí mismos como 'albanos'. Esto significa que, desde su perspectiva, se trataría más bien de un enclave 'albano' dentro del territorio serbio de Kosovo. Pero entonces ¿cuál sería la población autóctona de Kosovo, que tendría derecho a la libre determinación dentro de alguno de los tres conceptos básicos de pueblo expuestos? La realidad es que en Kosovo no ha existido nunca una 'etnia puramente kosovar', los que siempre han habitado ese territorio han sido albanokosovares, serbokosovares, gitanos, etc.; y estos grupos siempre se han identificado a sí mismos como 'albanos', 'serbios', 'gitanos', etc., nacidos en territorio kosovar. Así pues, lo que en realidad se ha proyectado sobre Kosovo para justificar su presunto derecho a la libre determinación es un concepto de pueblo entendido como *'enclave'*. Si esto fuera así, si debiéramos entender que un *'pueblo'* se define por un concepto material-geográfico como el de *'enclave'*, entonces muchos Estados no encontrarían en el Derecho internacional ningún argumento para negar la independencia a otros enclaves que la reclaman, tales como Abjasia o Nagorno-Karabaj¹⁶⁵.

Pero la cuestión va mucho más allá. Si consideramos a Kosovo como parte integrante de Serbia, y a los albanokosovares como una *minoría* dentro de la población serbia en su conjunto, entonces reconocer a Kosovo como independiente, en virtud del ejercicio del derecho a la autodeterminación, implicaría reconocer que las *minorías* son sujetos titulares de ese derecho y, como tal, el sistema del Derecho internacional contemporáneo, que aún tiene

¹⁶⁵ PAZ, A., "El caso Kosovo pone en evidencia las falencias del derecho internacional", cit., p. 24.

un carácter marcadamente interestatal, se vería ante la tesitura de tener que admitir numerosísimos casos de minorías (étnicas o no) que reclaman la subjetividad internacional y, en consecuencia, su acceso a la estatalidad.

Como puede apreciarse la cuestión no es sencilla. Por un lado, si se trasciende el contexto colonial, adoptar un concepto de pueblo u otro, generaría consecuencias muy importantes de cara a los numerosos supuestos problemáticos abiertos en el contexto internacional. Por otro lado, no está claro que los habitantes de Kosovo puedan calificarse como *pueblo*. En todo caso, serían los albanokosovares quienes se irrogarían esa condición, apelando a un carácter étnico (algo difuso), pero excluyendo de tal condición a los serbokosovares y otras minorías allí existentes, que probablemente también comparten el mismo carácter étnico, aunque sean de religión diferente. Finalmente, tampoco está claro que en Kosovo se haya producido un supuesto típico de ejercicio del derecho de autodeterminación. No es el concepto de *pueblo* lo que se ha reivindicado para justificar la independencia por la vía de la libre determinación. Más bien, aquello que se ha invocado como razón fundamental, ha sido la imposibilidad de justificar una situación de Kosovo como autonomía dentro de Serbia, debido a la pasada situación de gravísima vulneración de derechos humanos por parte del gobierno serbio hasta 1998, y la realidad de una Declaración Unilateral de Independencia, aprobada y promulgada en 2008, al margen de la normativa jurídica vigente en ese momento dentro del territorio de Kosovo, bajo administración internacional.

10. ¿PODÍA EJERCITAR EL PUEBLO DE KOSOVO EL DERECHO DE LIBRE DETERMINACIÓN?

Todos los pueblos (de acuerdo al concepto que se adopte) tienen por igual el derecho a elegir libremente su forma de gobierno, a formar y mantener sus propias creencias, tradiciones e instituciones y a decidir el rumbo de su desarrollo económico, social, cultural, etc., sin injerencias externas. Tal es el alcance generalmente reconocido del derecho a la libre determinación¹⁶⁶.

Pero, como ya hemos explicado, no se trata de un derecho humano en sentido estricto y, como tal, inalienable, inviolable, imprescriptible e irrenunciable; sino de un derecho relativo, condicionado y siempre circunstancial. Esto significa que su ejercicio depende de que los bienes básicos de los individuos que integran ese grupo humano se vean lesionados a no ser que se produzca un cambio en su estatuto político.

También, como hemos explicado, el derecho a la libre determinación incluye dos vertientes: la dimensión *interna*, que afecta esencialmente a la protección de las minorías dentro de un Estado, las cuales tienen derecho a mantener sus tradiciones, instituciones, idioma, religión, etc.; todo lo cual lleva a la necesidad de algún grado de autonomía. Y la dimensión *externa*, que implica la soberanía e independencia, como presupuesto legitimador del acceso a la estatalidad, sin que quepa interferir de ninguna manera en dicho acceso.

¹⁶⁶ Para la configuración del derecho de autodeterminación, tal y como se ha descrito, han sido fundamentales, desde el punto de vista teórico, las doctrinas Drago y Monroe y los 14 puntos de Wilson. Jurídicamente, como ya hemos visto, se ha consagrado en las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas 1514(XV), 1541(XV), 2131 (XX), 2625 (XXV), 3314 (XXIX) y en los Arts. 1 de la Carta de las Naciones Unidas y el Art. 1 de los Pactos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), entre otros.

También hemos explicado que el ejercicio del derecho a la libre determinación no necesariamente debe concluir en la independencia del pueblo que lo ejerce. Por el contrario, debe ser el propio pueblo, a través de los correspondientes mecanismos de decisión popular, quien debe decidir si la libre determinación conducirá a la independencia, a la libre asociación, a la autonomía o a cualquier otro tipo de figura que libremente elija el pueblo en cuestión. Un interesante antecedente se produjo en el caso de las Islas Aaland, enclave sueco en Finlandia, cuya población libremente decidió permanecer como territorios autónomos con respecto a esta¹⁶⁷.

En efecto, el derecho de libre determinación resulta siempre vinculado a algún tipo de sistema de participación popular. Sería contradictorio afirmar que un gobierno tiránico puede arrastrar válidamente a un pueblo, en el nombre de la libre determinación, a decidir su estatus futuro con respecto al Estado en el cual se encuentran situados. Sin embargo, como demuestra la praxis internacional, someter la legitimidad del ejercicio del derecho a algún tipo de sanción popular, pocas veces se produce: la *Anchluss* de Austria, por parte de la Alemania nazi, se realizó en nombre del derecho de autodeterminación del pueblo austro-alemán. Y ese mismo fundamento se invocó también con ocasión de la anexión alemana de los *Sudetes* (en territorio de la antigua Checoslovaquia), que se produjo a renglón seguido del episodio anterior.

En definitiva, como presupuesto básico para que una '*minoría étnica*' pueda independizarse ejerciendo legítimamente el derecho de libre determinación en el marco del Derecho internacional vigente, al menos, deberíamos estar ante el supuesto de una minoría étnica *homogénea* y *asentada* sobre un territorio bien delimitado. Debería tratarse también de una minoría étnica que no se

¹⁶⁷ La Sociedad de las Naciones auspició el acuerdo que determinó a principios del siglo XX el estatuto de autonomía de Aaland dentro de Finlandia, tras haberse constatado numerosas violaciones a los derechos de la población de origen sueco.

encuentre debidamente representada en el gobierno de su país y que haya sido objeto de persecuciones y/o violaciones graves a los derechos humanos (es la que conocemos como la '*cláusula de salvaguardia*'). Por otra parte, la alternativa de independizarse sería siempre la última opción posible.

En Kosovo efectivamente se produjeron ambas circunstancias y fueron esas circunstancias las que dieron origen a la intervención internacional en 1999, decretada por el Consejo de Seguridad. La intransigencia de las partes involucradas a la hora de conseguir un acuerdo de paz provocó que el documento Ahtisaari casi sugiriera la independencia como única solución posible, ante la imposibilidad de conseguir ningún avance de las partes. No obstante, el Consejo de Seguridad guardó silencio al respecto (no ha vuelto a pronunciarse) y la legalidad internacional implantada en el territorio a través de la Resolución 1244 (1999) exigía que cualquier tipo de solución final del conflicto debía '*respetar la integridad territorial de Serbia*'.

¿Qué consecuencias podemos extraer de aquí? En primer lugar, si la reivindicación del ejercicio del derecho de autodeterminación por parte de Kosovo para independizarse de Serbia se hubiera producido en 1998, antes de la intervención internacional, apelando a la '*cláusula de salvaguardia*', no habría ninguna duda respecto de su legitimidad y debería haber sido amparado por el Derecho internacional. En segundo lugar, pretender un ejercicio del derecho diez años después, cuando Serbia es un estado democrático, cuando ya no existen violaciones de derechos humanos, cuando se ofrece una sustancial y ventajosa autonomía, dentro de una federación serbia, cuando la presencia internacional garantiza que eso se lleve a cabo y cuando la legalidad internacional vigente exige el respeto al principio de integridad territorial, resulta muy discutible para la mayoría de la doctrina internacionalista. En tercer lugar, como hemos subrayado en el punto anterior, tampoco está claro que los

representantes del parlamento kosovar sustentaran su declaración de independencia sobre estos presupuestos.

11. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Aun aceptando que la idea de Estado-nación soberano y absoluto ha tenido una importancia capital en el surgimiento de la modernidad, apunta MacCormick, retomando la distinción dworkiana, que no pasa de ser una (y no la única) de las concepciones que el nacionalismo ha pretendido y pretende también en el presente. En su opinión, cabe considerar un nacionalismo que parta de un principio universalizable y no de un particularismo exacerbado. Este principio sería el derecho de autodeterminación de las comunidades que se han desarrollado como naciones, y que debe ser reconocido entre los principios de justicia. Se trataría de aceptar como universalizable el principio de diversidad de las agrupaciones humanas fundado en el respeto mutuo y la igualdad de derechos. Este planteamiento, excluiría del nacionalismo las ideologías fascistas, racistas o xenófobas y garantizaría una adecuada expresión política para las diversas identidades nacionales¹⁶⁸.

Lamentablemente, este planteamiento no es el que ha perfilado jurídicamente el ejercicio del derecho de autodeterminación; por el contrario, después de la segunda guerra mundial, sobre la identidad nacional se proyectaron las más oscuras sospechas de xenofobia y totalitarismo, lo que provocó que dicho concepto entrara en crisis como fundamento legitimador del nacimiento de un nuevo Estado. Esa carga negativa explica las enormes dificultades con las que, desde entonces, ha tropezado toda comunidad, grupo o etnia para ejercitar el

¹⁶⁸ MacCORMICK, N., "Libertad, igualdad y nacionalismo", *Sistema* 130, 1996, p. 46.

derecho a la autodeterminación, proclamado solemnemente por los dos Pactos Internacionales de la ONU sobre Derechos Humanos en 1966¹⁶⁹.

Ninguna de las posteriores declaraciones y resoluciones que la ONU ha emitido sobre este derecho, define el concepto de *pueblo* o de *nación*. De facto, solo en el caso de las colonias y fideicomisos existentes después de la guerra mundial, se quiso precisar con cierta claridad quiénes podrían ser sujetos del mencionado derecho. No obstante, el descrédito que el nacional-socialismo y el fascismo habían lanzado sobre el nacionalismo provocó que el asentimiento internacional sobre el proceso de independencia de las colonias y fideicomisos no pudiera imputarse a un reconocimiento de la identidad nacional como fundamento de la autodeterminación, sino en el reconocimiento de una especie de derecho específico de las colonias a la independencia sobre su antigua metrópoli, basado en la redacción del nº3 del artículo primero de los dos Pactos Internacionales de 1966: *«Los Estados partes den este Pacto, incluyendo aquellos que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio al derecho de autodeterminación y respetarán este derecho de acuerdo con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas»*¹⁷⁰.

¹⁶⁹El artículo primero de ambos Pactos recoge una idéntica redacción: «Todos los pueblos tienen el derecho de autodeterminación. Sobre la base de este derecho determinan libremente su status político y gestionan libremente su desarrollo económico, social y cultural». Desde la proclamación de este derecho en ambos pactos internacionales la ONU ha aprobado toda una serie de resoluciones (favorables o contrarias) con relación a este derecho y su pretendido ejercicio por parte de numerosas comunidades nacionales.

¹⁷⁰El desarrollo del derecho de autodeterminación está muy ligado a la disputa entre los bloques occidental y oriental después de 1945. Este derecho fue promovido especialmente por los Estados socialistas, puesto que al proponerlo como el derecho más importante y garantía de los demás derechos humanos, relativizaba las clásicas libertades fundamentales que no encajaban con el modelo comunista; por otro lado, este derecho se vinculaba al de soberanía y no injerencia en los asuntos internos (art. 2.7 de la Carta de Naciones Unidas), lo cual permitía

Confirmando este mismo criterio, en 1970 la ONU aprueba la Resolución 2625 (XXV), de 24.10.1970, donde se contiene una importante restricción y matización al ejercicio del derecho de autodeterminación: «...*Ninguna determinación de los párrafos precedentes se ha de entender como autorización o estímulo a cualquier acción que, en parte o completamente, menoscabara o destruyera la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes, que se inspiran en el principio arriba descrito del derecho a la igualdad y del derecho a la autodeterminación de los pueblos y, por consiguiente, poseen un gobierno que representa a todo el pueblo sin diferencia de raza, de creencias y de color...*». Esta resolución supone una práctica deslegitimación del principio de nacionalidad (identidad nacional) como fundamento de las aspiraciones independentistas, por parte de toda la comunidad internacional.

En definitiva, el conjunto de documentos de la ONU sobre la autodeterminación permite establecer un doble significado del concepto. En primer lugar, se contempla una *dimensión interna*, cuyo contenido es el derecho fundamental a la cogestión política y a las relaciones democráticas dentro del propio estado, con la dimensión añadida del respeto a la identidad y derechos de las minorías¹⁷¹. Esta dimensión interna del derecho de autodeterminación no

también rechazar las reclamaciones de los Estados occidentales por violación de derechos humanos sobre la base de la autodeterminación. En última instancia, debido a que solo los Estados occidentales poseían colonias en sentido estricto, favorecer su proceso de independencia suponía debilitar a esos Estados y granjearse la amistad de los Estados nacientes en el tercer mundo (VAN WISSEN, G., «Estado y nación», cit., p. 140-141).

¹⁷¹No procede extenderse sobre la problemática específica que los derechos de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, presentan en el seno de los estados. Su garantía y defensa han sido establecidas jurídicamente a nivel internacional en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Por su parte, la ONU ha dedicado desde entonces bastantes documentos a la situación de estos grupos, entre los más importantes el documento final de la Conferencia Mundial de Viena sobre los Derechos Humanos en junio de

resulta problemática puesto que su ejercicio, en general, no pone en peligro la integridad de un Estado como tal Estado. Por otra parte, esta autodeterminación interna goza de gran estima puesto que es la base sobre la que puede apoyarse una eventual negativa a las pretensiones de determinadas minorías nacionales de abandonar su actual ubicación estatal y provocar procesos independentistas o secesionistas.

El punto verdaderamente conflictivo y problemático se centra sobre la *dimensión externa* del derecho de autodeterminación. Esta dimensión podría definirse como el derecho de una nación o pueblo (comunidad nacional) a la propia estatalidad. Se trataría de afirmar la existencia de un derecho a fundar un Estado propio, compuesto por personas de la misma comunidad nacional o comunidad de destino, o bien de incorporarse a un Estado con el que dicho pueblo o nación se sienta histórica o culturalmente vinculado (caso del Kosovo y Albania).

Después de la Resolución 2625 de la ONU y de la experiencia del proceso de independencia de las colonias ¿puede hablarse con fundamento de la existencia de un auténtico derecho fundamental a tener un Estado propio? De lo expuesto hasta aquí cabría apuntar lo siguiente:

- a) La autodeterminación de las colonias, aunque obtuvo el mismo resultado de independencia, no estuvo fundamentado sobre el principio de identidad nacional, sino sobre un derecho específico que indicaba a

1993. La Conferencia de Seguridad y Colaboración Europeas se ocupó detenidamente de la cuestión en su reunión de Helsinki de 1992, en donde se nombró un «alto comisionado para las minorías nacionales». Un estudio detallado sobre la cuestión puede encontrarse en DE LUCAS, J., «Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 15, mayo-agosto 1993, pp. 97-128; DE LUCAS, J., *Europa: convivir con la diferencia. Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Madrid 1992.

las colonias como sujetos activos. Tanto es así que se respetaron las antiguas demarcaciones administrativas coloniales. Por consiguiente, no puede aplicarse como precedente en sentido estricto para avalar la existencia de un derecho a la estatalidad fundado en la nacionalidad.

- b) Desde un punto de vista estrictamente jurídico, no es fácil argumentar que se trate de un derecho. Se puede justificar una y otra cosa según la óptica que se adopte: la nación sometida que reivindica el derecho a la soberanía, o la del Estado que defiende el derecho a su integridad territorial.
- c) Los casos que se han producido de acceso a la estatalidad por parte de un pueblo o nación en el seno de la comunidad internacional, fuera de la descolonización, nunca han sido decididos como consecuencia de argumentaciones jurídicas en clave de derechos, sino como consecuencia de juegos políticos en clave de poder. Así ha sucedido en el proceso de desintegración de la ex Unión Soviética o de la ex Yugoslavia, donde la independencia resultaba además facilitada por la extrema debilidad del Estado anterior, los marcados intereses políticos del bloque occidental, la coincidencia entre las comunidades nacionales y su territorio, y el trazado de las fronteras de los nuevos Estados respetando las anteriores demarcaciones administrativas del antiguo estado. Sin embargo, la esperanza, por ejemplo, de los Kurdos (en menor medida de los kosovares o de los Palestinos) sigue siendo defraudada, fundamentalmente porque chocan con Estados fuertes y con la pasividad de la comunidad internacional para respaldar su conversión en Estados soberanos.

En definitiva, en el comienzo del siglo XXI, no parece que el principio de identidad nacional esté plenamente reconocido como fundamento legitimador del ejercicio del derecho de autodeterminación, que permita a una minoría

nacional el acceso a la soberanía estatal. Es más, podría afirmarse que la aceptación de tal fundamento es prácticamente inexistente. Por el contrario, en el concierto internacional actual, para el acceso a la soberanía estatal, resulta irrelevante apelar a un derecho a la autodeterminación, puesto que siguen prevaleciendo las relaciones de poder y fuerza frente a las razones históricas o jurídicas. En ningún caso se aprecia una tendencia a la resolución de los conflictos secesionistas desde un punto de vista jurídico —en sede judicial—, sino que se sigue imponiendo —con alguna excepción (Québec)— el conflicto bélico. El fracaso de las conversaciones de Rambouillet entre serbios y kosovares y el posterior ataque de la OTAN supusieron la enésima confirmación de esta realidad.

Esa imposibilidad práctica y política de reconducir la autodeterminación a un proceso jurídico derivado del cumplimiento de unos requisitos conceptuales e históricos ha provocado una paulatina reformulación del derecho de autodeterminación por parte de las comunidades nacionales en clave de derecho a decidir libre y democráticamente su estatuto político, económico, social y cultural, sin que esto suponga de modo ineludible dotarse de un marco estatal propio. Es decir, se ha desligado el derecho de autodeterminación del derecho a la independencia o a la secesión. Lo que se reivindica es el derecho a decidir sobre la propia situación, con plena autonomía, sin resultados prefigurados y como exigencia universalizable. Se trata de una concepción del nacionalismo no separatista y que no reclama una identidad exclusiva y excluyente¹⁷².

A la luz de lo expuesto en este estudio, cabría destacar algunas conclusiones relevantes:

¹⁷² BEA, E., “Naciones sin Estado: la asignatura pendiente de la construcción europea”, cit., p. 143.

- a) Es importante rescatar la identidad nacional del proceso de demonización al que ha sido sometida a causa de la experiencia fascista y nacionalsocialista, y de su equiparación con fenómenos totalitarios y xenófobos, fomentando, en cambio, su auténtico papel y significado en el marco de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, que debería superar el modelo individualista contractualista, diseñado por el racionalismo desde la posguerra, para situarse más en el plano del comunitarismo.
- b) Después de la experiencia de Kosovo ya no cabe sustanciar el derecho de autodeterminación a través de un proceso jurídico reglado que pueda desembocar pacíficamente en la secesión y en la creación de un nuevo Estado nacional. Esto ha provocado una paulatina reformulación del derecho de autodeterminación de las comunidades nacionales en clave de derecho a decidir libre y democráticamente su estatuto político, económico, social y cultural, sin que esto suponga de modo ineludible dotarse de un marco estatal propio. Es decir, se ha desligado el derecho de autodeterminación del derecho a la independencia o a la secesión. Lo que se reivindica es el derecho a decidir sobre la propia situación, con plena autonomía, sin resultados prefigurados y como exigencia universalizable. Se trata de una evolución del nacionalismo, desde el separatismo hacia la construcción de un modelo de Estado multinacional.
- c) Las identidades nacionales, expresión de las diversas identidades culturales, tienen pleno sentido, arraigo y vigor en la era de la globalización, en cuanto que no son, en absoluto, una amenaza a la universalidad de los derechos, sino que, por el contrario, son el presupuesto de un ejercicio significativo de las libertades individuales. La capacidad de las personas de realizar elecciones significativas depende

de su pertenencia a una cultura nacional. Puede afirmarse, pues, la existencia de un derecho individual a la identidad cultural (protección institucional de formas específicas de vida en común), como exigencia intrínseca de la identidad personal. Su articulación política en clave de derechos colectivos o diferenciados debe entenderse desde la atribución de su titularidad en función de la pertenencia a un grupo nacional o étnico.

- d) El reconocimiento pleno de la pluriculturalidad exige una nueva articulación del estado, como multinacional y poliétnico. La respuesta del cosmopolitismo resulta excesivamente teórica y débil. La apuesta por el reconocimiento de una ciudadanía diferenciada presenta diversos niveles según la “naturaleza” nacional o étnica (originaria o sobrevenida) de los grupos presentes en el estado. La propuesta de Kymlicka, federalista (y consensual) para las comunidades nacionales originarias e integracionista (y diferenciada) para los grupos étnicos de inmigración sobrevenida, no parece responder del todo al desafío que presenta, por ejemplo, la masiva inmigración de marcado carácter islámico.

CAPÍTULO CUARTO

EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN Y LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE KOSOVO: EL DICTAMEN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

La Declaración unilateral de independencia (DUI), proclamada por la Asamblea de Kosovo el 17 de febrero de 2008 constituyó un punto de inflexión en el panorama internacional porque planteaba un serio interrogante al Derecho internacional: ¿se trataba de un ejercicio ilegítimo del derecho de autodeterminación, que debía ser invalidado por exceder del contexto colonial (único ámbito reconocido para su ejercicio por la ONU) y violar la legalidad interna vigente en Kosovo, o bien se trataba de un ejercicio legítimo de este derecho realizado por el Parlamento de Kosovo, en tanto que representaba la voluntad soberana del pueblo kosovar? El dilema planteado por la DUI no era de fácil solución (de hecho, todavía hoy continúa siendo debatido). Y la dificultad no solo se encontraba en la compleja interpretación de la legalidad internacional y de los precedentes en el ejercicio del derecho de libre determinación, sino en las profundas implicaciones políticas que revestía la cuestión y la división de opiniones que suscitaba entre las grandes potencias, e

incluso dentro de la propia Unión Europea. En este capítulo analizaremos las razones jurídicas que fueron invocadas por la Corte Internacional de Justicia para declarar que la Declaración de independencia de Kosovo no era contraria al Derecho internacional.

Como es bien sabido, Serbia protestó formalmente por la DUI de Kosovo y forzó que el Consejo de Seguridad se reuniera de emergencia el 18 de febrero de 2008. A pesar de la evidente vulneración de la *Resolución 1244 (1999)*, el Consejo de Seguridad no adoptó ninguna resolución al respecto, ante la disparidad de opiniones de sus miembros permanentes.

Ante la imposibilidad de actuar por parte del Consejo de Seguridad, la Asamblea General de la ONU, a propuesta de Serbia, aprobó la *Resolución 63/3*, de 8 de octubre de 2008 (adoptada por 77 votos a favor, 6 votos en contra y 74 abstenciones), en la que se determinaba solicitar de la *Corte Internacional de Justicia* de La Haya (CIJ) una *Opinión consultiva* con relación a si la DUI de Kosovo constituía o no una violación del Derecho internacional. La iniciativa fue presentada por el ministro de Exteriores serbio Vuk Jeremic, quien afirmó que su país respetaría la decisión del Tribunal (que no tenía carácter vinculante), independientemente de cuál fuera el sentido de la *Opinión*. Según Jeremić, era la vía “más prudente” para resolver el conflicto: sustentar el estatus de Kosovo sobre “un enfoque legal, sin polémicas y de altos principios que ayudará a reducir las tensiones en la región”.

Con este marco, a partir del 1 de diciembre de 2009, la CIJ recibió escritos de 35 países, incluido España, que expusieron sus argumentaciones sobre la legalidad de la DUI, además de Serbia y el propio Kosovo. Veinte de esos países presentaron alegaciones favorables a la legalidad de la declaración (Albania, Alemania, Arabia Saudí, Austria, Baréin, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Estados Unidos, Francia, Finlandia, Jordania, Noruega, Países

Bajos y Reino Unido, Maldivas, Sierra Leona, Bolivia). Doce presentaron argumentos contrarios a dicha declaración (Argentina, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bolivia, Brasil, China, Chipre, España, Rusia, Rumanía, Venezuela y Vietnam). La delegación de Burundi no se mostró concluyente al respecto.

Finalmente, el 22 de julio de 2010, la Corte Internacional de Justicia emitió su *Dictamen sobre la Conformidad con el Derecho internacional de la Declaración Unilateral de Independencia relativa a Kosovo*. La consulta que los Estados miembros, reunidos en la Asamblea General, plantearon a la Corte estaba formulada con el siguiente tenor: ¿Se ajusta al Derecho internacional la declaración de independencia formulada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo? Y, ciertamente, con una pregunta tan sucinta y tan poco ambiciosa, no es de extrañar que la Corte emitiera un dictamen evasivo, insustancial y poco concluyente, que fue interpretado en ámbitos políticos y periodísticos como un espaldarazo al nuevo estado kosovar (exagerando enormemente su contenido y alcance) pero que, desde el punto de vista jurídico, resultaba decepcionante, cuando no sorprendente.

Así pues, el 22 de julio de 2010 –a decir de muchos especialistas– no pasará a la historia como un buen día ni para el Derecho internacional ni para la Corte Internacional de Justicia, puesto que su *Opinión* en relación con la DUI de Kosovo, suscitó más interrogantes que respuestas¹. Y es que, por 10 votos contra 4, el fallo de la CIJ se limitó a decir “[...] que la Declaración de independencia de Kosovo, adoptada el 17 de febrero de 2008, no ha violado el Derecho internacional”. Nada dijo sobre las condiciones necesarias para emitir una Declaración de esta naturaleza, ni sobre su alcance, ni sobre las

¹ Por todos, BERMEJO GARCÍA, R. - GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La declaración unilateral de independencia de Kosovo a la luz de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 julio de 2010 y de las declaraciones, opiniones individuales y disidentes a la misma”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 26 (2010), p. 8.

consecuencias que podría tener para el Derecho internacional. Evidentemente, la comunidad internacional esperaba bastante más de tan distinguido órgano.

La composición de la Corte fue la siguiente: Presidente Owada; Vicepresidente Tomka; Magistrados Koroma, Alkhasawneh, Buergenthal, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood; Secretario Couvreur. Y su resolución final, plasmada en el último párrafo de la *Opinión* consultiva (párr. 123) dice literalmente lo siguiente:

[...] La Corte,

1) Por unanimidad, Determina que tiene competencia para emitir la opinión consultiva solicitada;

2) Por nueve votos contra cinco, Decide dar cumplimiento a la solicitud de opinión consultiva;

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

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

3) Por diez votos contra cuatro, Opina que la declaración de independencia de Kosovo aprobada el 17 de febrero de 2008 no violó el Derecho Internacional.

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

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

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

La pobreza del análisis esgrimido por la CIJ sorprendió tanto a los partidarios de la independencia, como a los que se oponían a ella alegando vulneración de la legalidad internacional representada por la *Resolución 1244 (1999)*. Siendo la situación de Kosovo una de las cuestiones más debatidas y complejas del escenario internacional y siendo la CIJ la jurisdicción internacional más importante, por su universalidad y por la generalidad de sus competencias, en opinión de la mayor parte de especialistas en Derecho internacional, no se esforzó por emitir una argumentación jurídica seria y rigurosa².

² La jurisprudencia de la CIJ en esos años fue muy criticada, en particular en el ejercicio de su función consultiva. Ni la Opinión sobre la licitud del uso del arma nuclear (1996) ni la relativa al Muro separando Israel y Palestina (2004) fueron ejemplos de clarificación. Basta comparar la decisión de la Corte Suprema Israelí, de 1 de julio de 2004, sobre el Muro, con el dictamen consultivo de la CIJ para ver de forma meridiana las diferencias de profundidad y rigor entre ambas; y lo mismo cabe decir respecto de la Declaración de la Corte Suprema de Canadá relativa a la secesión del Québec de 1998 y la *Opinión* sobre Kosovo. (BERMEJO GARCÍA, R.,

Sin duda, el marco de la pregunta, estrictamente limitado al ámbito del Derecho internacional, permitía a la Corte dejar de lado aquellas cuestiones que tenían implicaciones políticas controvertidas, como la legalidad de la propia condición de Estado de Kosovo, su aparición como resultado de la intervención de la OTAN en 1999 y su reconocimiento por parte de 69 Estados en el momento de producirse la *Opinión* de la Corte.

Igualmente, ateniéndose al tenor de la cuestión planteada, la Corte podía haber concluido que el Derecho internacional no ofrecía directrices claras sobre una cuestión como la Declaración de Independencia, que incluso podría considerarse un asunto de jurisdicción interna de los Estados. Por regla general, la existencia de Estados suele considerarse *de facto* y no *de iure*, y la historia demuestra sobradamente que el Derecho internacional tiene muy poco que decir sobre cómo surgen los Estados. En este sentido, es evidente que Kosovo existía (de facto) y no es menos cierto que, incluso si la Corte hubiera optado por declarar una hipotética violación del Derecho internacional por parte de la DUI, ni Kosovo hubiera dejado de existir y de autoafirmarse como Estado, ni quienes ya lo habían reconocido se hubieran retractado. He ahí la única realidad que cabe considerar en este caso y en todos los que históricamente se han producido en esa misma línea³.

De ahí que la *Opinión consultiva* de la Corte no pasó de ser un procedimiento cuyo resultado estaba ya “muerto antes de nacer” (en cuanto a sus repercusiones prácticas) puesto que las partes ya habían decidido sus

GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La declaración unilateral de independencia de Kosovo a la luz de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia...”, cit., p. 8.

³ Es lo que ha sucedido con la anexión de Crimea a la Federación Rusa, en marzo de 2014. Vid. Elizabeth Salmón y Pablo Rosales, “Rusia y la anexión de Crimea o la crisis de la post Guerra Fría”, *Derecho PUCP*, n° 73, 2014, pp. 185-204. AGUAYO ARMIJO, F., “La situación de Crimea: los fundamentos y los límites del derecho internacional”, *Revista Chilena de Derecho*, 2016, vol. 43, N° 1, p. 219 – 250.

posiciones con independencia de cuál fuera la decisión final de la Corte. Lo que pudimos comprobar una vez emitida la *Opinión*. Los países que ya habían reconocido a Kosovo (69 a fecha de entonces) se reafirmaron en sus posiciones, considerando que la corte había avalado la legalidad de la secesión (aunque no fue eso lo que hizo) y aquellos Estados que no habían reconocido a Kosovo tras la DUI (entre ellos España), continúan sin hacerlo hasta la fecha. Por otra parte, los actores del conflicto ya lo habían dejado claro desde el inicio. Las palabras del ministro de Asuntos Exteriores de Serbia, Vuk Jeremic, pronunciadas en julio de 2010, contrarias a las que pronunció en 2008, no dejaban lugar a dudas: “Serbia no reconocerá a Kosovo incluso si la CIJ se pronuncia a favor de la legalidad de la Declaración de Independencia”. Y tampoco las que pronunciaron repetidamente las autoridades provisionales de Kosovo: “Independientemente de la sentencia de la CIJ, la Declaración de independencia es irreversible”⁴.

Así pues, las posiciones estaban perfectamente preestablecidas al margen de lo que la Corte pudiera decidir. Y los magistrados de la Corte lo sabían perfectamente, de ahí el esfuerzo mayoritario por evitar una resolución que pudiera dar munición a un rebrote de la violencia, y la insistencia de los disidentes en afrontar el verdadero problema de fondo, a pesar de sus previsibles consecuencias.

Como fácilmente puede entenderse, las declaraciones de los Estados participantes en el proceso ante la Corte no hicieron más que sintetizar las posiciones ampliamente esgrimidas y argumentadas por los dos actores principales, Serbia y Kosovo, para justificar el consecuente alineamiento con uno de ambos. Expondremos, a continuación, esos argumentos, haciendo una mención especial a la declaración de España (que cabe calificar de muy seria y

⁴ Vid. <http://www.nytimes.com/2018/04/.../kosovo-war-crimes-trial.htm>.

rigurosa) por lo que representa de oposición a la tesis de los Estados Unidos (como máximo valedor de la independencia de Kosovo).

1. LA POSICIÓN DE SERBIA ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Como ya hemos dicho, la República de Serbia planteó su solicitud de dictamen a la Asamblea General de Naciones Unidas (que a su vez trasladó la cuestión a la Corte Internacional de Justicia, para su pronunciamiento mediante *Opinión consultiva*) impugnando la legalidad de la DUI adoptada por la Asamblea de Kosovo, el 17 de febrero del año 2008, por contradecir los presupuestos básicos del Derecho internacional⁵.

La Asamblea General trasladó a la Corte el contenido de la *Resolución 63/3* (por medio de una carta del Secretario General) el 9 de octubre de 2008. El 17 de octubre de 2008, la Corte comunicó a Naciones Unidas que sus Estados miembros podían aportar información sobre la cuestión y fijó el 17 de abril de 2009 como fecha límite para tal aportación escrita y el 17 de julio de 2009 como límite para una segunda aportación documental escrita respecto de la cuestión.

El procedimiento tuvo su fase final en diciembre de 2009, tras la realización de una serie de audiencias orales públicas (que finalizaron el 22 de diciembre) a través de las cuales los países partícipes en el procedimiento desarrollaron sus argumentos al respecto. La impugnación de la legalidad internacional por parte de Serbia se fundamenta en las siguientes premisas:

⁵ *Declaraciones de la República de Serbia* ante la CIJ, el 15 de abril de 2009 y 15 de julio de 2009. UN Doc. A/63/195 (22 de agosto de 2008) y UN Doc A/63/L.2 de 23 de septiembre de 2008.

- a) Kosovo-Metohija (nombre oficial de Kosovo para la República de Serbia) está constituida como una provincia autónoma de la República de Serbia, tal y como reconoce la *Resolución 1244 (1999)* del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, con el total consentimiento de Serbia.
- b) La Asamblea de Kosovo es una de las Instituciones Provisionales de auto gobierno establecidas por la *Hoja de Ruta Constitucional*, promulgada por el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas, el cual ostenta la presencia civil internacional en Kosovo⁶, bajo lo estipulado por la *Resolución 1244 (1999)*.
- c) La pretendida *Declaración de Independencia* proclama a Kosovo como un “Estado independiente y soberano”⁷. Frente a tal aseveración, Serbia reafirma que lo que se pretende con ella no es otra cosa que la secesión de una provincia de Serbia, algo que contradice el principio de integridad territorial y de la intangibilidad de fronteras, reconocido por el Derecho internacional. Por consiguiente, la DUI de Kosovo debe considerarse nula de pleno derecho, sin que pueda producir efectos legales, ni para Serbia ni para el orden internacional.
- d) La DUI, así como el resto de acciones de las Instituciones Provisionales de Autogobierno de Kosovo, que se han seguido produciendo, son una flagrante violación de la *Resolución 1244 (1999)* y del régimen legal por ella establecido, dentro del cual se contempla, reconoce y reitera la soberanía e integridad territorial de Serbia.

⁶ Constitutional framework for self-government in Kosovo. UNMIK Regulation n° 2001/9. UNMIK/REG./2001/9 (15 de mayo de 2001).

⁷ Artículo 1 de la DUI.

- e) Ante estos hechos, Serbia ha reaccionado con prudencia y responsabilidad, intentando mantener la paz y estabilidad en la región, y optando por el respeto a la Ley, evitando el recurso a otras opciones unilaterales legítimas, como la imposición de sanciones económicas contra la provincia secesionista.

En el curso de las audiencias, los representantes de Serbia desarrollaron estos puntos en el siguiente sentido:

- a) La Corte decidió que “*Los Autores*” de la DUI tenían capacidad para aportar información adicional sobre la cuestión y fueron invitados a hacerlo, con los mismos límites temporales establecidos para los Estados miembros de Naciones Unidas. Es notorio que la autoproclamada “República de Kosovo” no estaba legitimada para comparecer ante la Corte (según recordó Serbia a la Corte, en una carta de fecha 14 de octubre de 2008) y, de hecho, la Corte no permitió la participación de la “República de Kosovo”, sino que invitó a “*Los Autores de la DUI*”, a aportar por escrito sus contribuciones.
- b) La Delegación Serbia argumentó que la Asamblea de Kosovo era una de las Instituciones Provisionales de Autogobierno de Kosovo, con poderes muy limitados en el campo de política exterior, que debía ser siempre ejercida en coordinación con el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas⁸. Más aún, el Representante Especial se había reservado la facultad de ejercer y dirigir las relaciones internacionales con otros Estados y con las Organizaciones

⁸ Hoja de Ruta Constitucional, *Artículo 5.6*.

Internacionales en general, por ser necesario para la implementación de su mandato⁹.

- c) La Delegación Serbia recordó también que, al amparo de la *Resolución 1244 (1999)*, UNMIK había actuado en nombre de Kosovo frente a la generalidad de las Organizaciones y Conferencias internacionales, así como frente a la Tribunal Penal Internacional para los crímenes de la antigua Yugoslavia¹⁰, tanto antes como después de la autoproclamada independencia de Kosovo¹¹.

- d) Para Serbia, la DUI debía confrontarse con la legalidad internacional, al menos conceptualmente, en dos ámbitos: en primer lugar, con las normas que constituyen el Derecho internacional general; en segundo lugar, con aquellas normas que constituían el régimen legal específico, establecido por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, a través de su *Resolución 1244 (1999)*, que regulaba la Administración civil internacional en Kosovo. Para Serbia, la DUI vulneraba ambas categorías de normas. Y solicita de Corte que realice esa doble confrontación para comprobarlo y acreditarlo.

- e) Serbia rebatió, igualmente, la afirmación de que el caso de Kosovo era un caso "*sui generis*", no extensible a ningún otro caso, como

⁹ *Ibíd.* Artículo 8.1

¹⁰ Es práctica habitual del ICTY que las peticiones de garantías para la liberación provisional de acusados originarios de Kosovo se soliciten a UNMIK y no a ninguna de las Instituciones Provisionales de Autogobierno de Kosovo. Ver, por ejemplo "Juicio contra Haraqija and Morina, de 9 de febrero de 2009 (<http://www.icty.org/action/cases/4>)

¹¹ Por ejemplo, UNMIK representó a Kosovo en la Conferencia Internacional del Trabajo el 12 de junio de 2008, también la representó en el Comité para los derechos sociales y culturales, de 10 de noviembre de 2008.

fundamento jurídico último de la DUI¹². Los países que sustentaban esta categoría afirmaban que la consideración de caso “único” sería acorde con el Derecho internacional. Incluso si ello no estuviera del todo claro, la DUI podría ser aceptable porque no constituiría un ‘precedente’ para otros posibles casos de secesión discutibles ante el Derecho internacional. Para la Delegación Serbia, ninguna de esas dos posibles interpretaciones resultaba aceptable. Por una parte, la tesis del caso *sui generis*, por sí misma, no constituye ante el Derecho internacional un fundamento para la secesión, ya que esta exige según la doctrina de Naciones Unidas unos elementos bien determinados. Por otra parte, dicha tesis tampoco fundamenta el pretendido derecho de autodeterminación, cuya específica naturaleza (ligada a procesos de descolonización) no contempla entre sus presupuestos la tesis de la excepcionalidad del caso. En definitiva, argumentaba Serbia, si la tesis de la excepcionalidad del caso Kosovo significa que no cabe la posibilidad de que en el futuro se produzcan nuevas situaciones semejantes a la de Kosovo, aun siendo esto discutible, lo que en todo caso demuestra es que no estamos ante una categoría ‘jurídica’ propia del Derecho internacional, sino ante una categoría ‘política’ creada por razones de oportunidad política. En otras palabras, Serbia consideraba que fundamentar la independencia de Kosovo en la tesis del caso *sui generis*, significaría aceptar que una categoría política (no jurídica), esgrimida al efecto, ha servido de coartada a determinados Estados para no aplicar el Derecho internacional al caso. Y ese mismo carácter sería esgrimido arbitrariamente para no considerarlo como un precedente jurídico.

¹² Ver declaraciones ante la Corte de, por ejemplo, Albania, Dinamarca, Estonia, Francia, Alemania, Irlanda, Japón, Luxemburgo, Polonia, Eslovenia, Reino Unido...

f) Por otra parte, afirmaba Serbia, si la situación de Kosovo viene definida como una 'secesión' que debería permitirse por las peculiares circunstancias existentes (violaciones de derechos humanos, administración prolongada de la Comunidad Internacional, fracaso de las negociaciones, falta de acuerdo del Consejo de Seguridad de la ONU, etc.) entonces se estaría generando una nueva categoría jurídica (la *secesión humanitaria*) y, como consecuencia, esa categoría podría (y debería) aplicarse a cualquier otro caso similar en el futuro.

g) Puesto que Serbia considera que estamos ante un caso de *secesión* y no ante un caso *sui generis*, rebate todos los argumentos que sustentaban la tesis de caso particular para Kosovo acudiendo a los principios fundamentales del Derecho internacional:

- El caso de Kosovo no puede encuadrarse en una preexistente disolución del Estado yugoslavo. Kosovo era una provincia autónoma, encuadrada en la República de Serbia y ese estatus no ha sido nunca cuestionado ni por el Derecho internacional ni por la propia normativa constitucional interna de Serbia. Para el Derecho internacional, no cabe la secesión de una provincia o región que pertenece a una nación, como tal reconocida por la comunidad internacional. Por otro lado, según la Constitución de Yugoslavia de 1974, solo las naciones de la antigua Yugoslavia tenían reconocido el derecho de secesión. En este sentido, cuando la antigua Yugoslavia se encontró en pleno proceso de desintegración, ni en la Conferencia de Paz ni en la Comisión de Arbitraje (comisión Badinter) se contempló la posible independencia o capacidad para la secesión de Kosovo. Resulta curioso, pues, que un

evento ocurrido 20 años atrás, que desembocó en la configuración de varios nuevos Estados y que fue definitivamente cerrado por la Conferencia de Paz y su Comisión de Arbitraje con el nacimiento de la nueva República de Yugoslavia (que incluía Kosovo como parte de Serbia) se invoque en 2008 para justificar la secesión de Kosovo. Si ese argumento fuera válido, podría aplicarse a cualquiera de las otras Entidades resultantes de la descomposición de la antigua Yugoslavia. El hecho de que este argumento no sería aplicable a ningún otro Estado evidencia que no es razón suficiente para justificar la secesión de Kosovo.

- Las violaciones de derechos humanos no son un argumento jurídico que fundamente la secesión. No hay duda de que existieron graves violaciones de los derechos humanos entre 1989 y 1999 en el territorio de Kosovo. Sin embargo, este ha sido solo un aspecto dentro de una situación muy compleja que, desafortunadamente, no es solo aplicable al caso de Kosovo. Convendría recordar que, desde 1991, los separatistas albanokosovares se negaron a participar en las estructuras de gobierno de Kosovo y crearon sus propias “estructuras gubernamentales paralelas”, siendo, de alguna manera, toleradas por las autoridades serbias. También resulta necesario destacar, insistía Serbia, en que esas graves y persistentes violaciones de los derechos humanos, dirigidas a las minorías, se han producido también en otras partes del mundo (no solo en el territorio de la antigua Yugoslavia) sin que eso haya dado lugar a procesos secesionistas. Por supuesto que las violaciones de los derechos humanos deben ser evaluadas, castigadas y reparadas, pero en ningún caso pueden constituir un argumento jurídico para justificar la secesión.

- La administración internacional de Kosovo presuponía la integridad territorial de Serbia. El argumento de que Kosovo se encontraba bajo administración internacional demasiado tiempo (casi diez años) como consecuencia de la *Resolución 1244 (1999)* y que necesitaba un autogobierno olvida que dicha resolución no solo contempla la administración internacional del territorio, sino también la preservación de la integridad territorial de Serbia; es decir, que, a pesar de dicha administración, la República de Serbia continúa ostentando la soberanía sobre Kosovo. Es más, Kosovo no es el primer territorio que forma parte de un Estado soberano que se encuentra bajo administración internacional (y probablemente no será el último)¹³.

- La larga duración de la administración internacional es un hecho que no puede convertirse en presupuesto de un derecho de secesión. Frente al argumento de que esta prolongada falta de administración del territorio de Kosovo por parte de Serbia, desde 1999, había creado un “hecho irreversible” que conducía fatal y necesariamente a la secesión del territorio¹⁴, Serbia alegó que, en tal caso, se estaría convirtiendo la simple administración de un territorio en una categoría jurídica: presupuesto para su independencia. Sostener esto haría superfluo todo el entramado de negociaciones llevadas a cabo para determinar el futuro estatus de Kosovo. Precisamente el hecho de que se pretenda una solución negociada rebate el hecho de que la secesión sea la única solución posible por inevitable.

¹³ Se citaron al efecto, Autoridad Transitoria de Naciones Unidas (UNTAES) en Eastern Slavonia, Baranja y Western Sirmium.

¹⁴ Fue la postura de Francia en su escrito ante el Corte.

- Considerar la independencia como opción no significa que sea la mejor ni la única solución para Kosovo. Frente al argumento (que se pretende demostrativo de la singularidad del caso) de que ha sido solo en Kosovo donde se ha planteado la independencia como una posible opción, Serbia contestó que barajar una opción (sea esta u otra cualquiera) no puede “per se” justificar la implementación de un proceso de independencia en el mundo actual. Una opción no indica una preferencia ni una dirección. Es simplemente una posibilidad entre otras. Existen muchos otros casos en el mundo donde la independencia también ha sido (y es) una opción considerada como solución para poner fin a un conflicto, pero también se consideran otras opciones tan válidas como aquella. Posibilidad no significa unilateralidad. De modo que la independencia no ha sido ni la primera ni la única solución posible para todos los casos en los que esta se ha contemplado. Y lo mismo sucede en el caso de Kosovo.

- En línea con el argumento anterior, se sostenía también que la DUI se configuraba como la “*ultima ratio*”; es decir, la única forma de resolver definitivamente la situación, dado el fracaso de la negociación efectuada y el descarte de cualquier otra solución. Serbia argumentó invocando los numerosos casos de disputas territoriales existentes en el mundo que no se habían solventado de manera satisfactoria tras muchos años de negociaciones. En ese sentido, insistía en que, por el hecho de que una de las partes haya dado por terminadas las conversaciones, eso no le otorga el derecho de imponer a la otra parte el fin de las mismas. Kosovo no era el único caso en el que una propuesta formulada por el Secretario General de Naciones Unidas no ha sido aceptada por las

partes en disputa. Se citó a Chipre como caso paradigmático de esa misma situación. Serbia destacó que, si la propuesta del mediador no era admitida por una parte, carecía de justificación que la otra parte simplemente pudiera imponerla. Constituiría una vulneración inaceptable de todo el sistema de desarrollo de negociaciones por disputas territoriales establecido en base a las normas de Naciones Unidas.

- La voluntad del pueblo nunca ha sido reconocida como fundamento jurídico de la secesión en el Derecho internacional. Frente al argumento del respeto a la voluntad mayoritaria del Pueblo de Kosovo¹⁵, Serbia distinguió entre los derechos de las minorías (que es como Serbia considera a los albaneses de Kosovo dentro del conjunto del Estado Serbio) y el derecho a la autodeterminación de esa minoría. Es decir, Serbia considera a su Estado como una comunidad multiétnica y considera que el conflicto procede de que una minoría (albaneses de Kosovo), que se distingue por su religión y su adscripción a una determinada zona geográfica (Kosovo), dentro del territorio del Estado (Serbia), invoca el derecho de autodeterminación. Pero esto carece de fundamento porque esa minoría es una parte de la comunidad multiétnica que conforma el Estado serbio.

- La inevitabilidad de la secesión debe considerarse un planteamiento político, pero no jurídico. Serbia discrepa también del argumento que se basa en la ausencia de cualquier otra solución (que no sea la independencia) para solventar el conflicto. Afirma que su propuesta de convertir a Kosovo en un territorio con el más alto grado de autonomía ni siquiera se consideró, fue rechazada de plano, tanto por el Enviado

¹⁵ Figuraba este argumento en las Alegaciones de Japón e Irlanda.

Especial (Mr. Ahtisaari) como por los dirigentes albaneses de Kosovo. De cualquier forma, aun aceptando que algunos Estados consideraran que la independencia sería la mejor (o la única) solución para Kosovo, eso no convierte esa opinión (que es meramente política) en un fundamento jurídico para la secesión.

- No existe una voluntad de respaldar la secesión ni por parte de la ONU ni por parte de la UE. En efecto, la Delegación Serbia intentó finalmente desvirtuar el pretendido apoyo de Naciones Unidas y de la Comunidad Europea a la DUI. Para ello afirma que el Secretario General de Naciones Unidas (que tiene la responsabilidad directa de administración del territorio de Kosovo) ha adoptado desde el comienzo del conflicto, una estricta neutralidad en el caso. Por otra parte, la UE no ha adoptado una decisión común frente a la DUI, ni una política común respecto del conflicto, como lo demuestra el hecho de que los escritos presentados ante el Corte por parte de diversos países miembros, unos son favorables y otros contrarios a la independencia. Esto demostraría, en su opinión, la inexistencia de un supuesto apoyo institucional por parte de la UE a la DUI. Además, EULEX ha sido desplegado en Kosovo bajo el paraguas de la *Resolución 1244 (1999)* y no bajo el amparo de ningún acuerdo con las autoridades provisionales de Kosovo.

- En definitiva, para Serbia, no procedía de ningún modo considerar a Kosovo como un caso "sui generis", cuya solución (la independencia) no estableciera un precedente que sirviera de "hoja de ruta" a posteriores reivindicaciones secesionistas en otras partes del mundo. Para Serbia, Kosovo representaba un caso de pretendida secesión que debe confrontarse con las normas de Derecho internacional y solucionarse de

acuerdo con ellas. Afirmar que la DUI no sentaba un precedente cabía calificarlo como mero voluntarismo. De facto se podría crear un grave precedente en la ampliación del principio de autodeterminación aplicado a las minorías. Se podría abrir una puerta frente la Resolución del Consejo de Seguridad, adoptada bajo el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. Se podría crear un precedente al no respetarse las garantías acordadas por Naciones Unidas frente a los Estados miembros. Se podría crear un precedente en el caso de que existiese una disputa secesionista, en el sentido de que cualquiera de las partes podría imponer su punto de vista a la otra, cuando no se llegara a un acuerdo en la negociación.

Complementariamente, Serbia invoca los principios clásicos del Derecho internacional para demostrar la ilegalidad de la DUI. Sucintamente estos son:

- a) La DUI contradice el *Principio de la Integridad Territorial* de los Estados. Se trata de un principio ampliamente reconocido por el Derecho internacional, que no admite matices en la actualidad y que, por tanto, descarta las restricciones aludidas por los partidarios de la legalidad de la DUI; a saber: que el principio no se aplica a los conflictos internos; que la referencia a este principio en la *Resolución 1244 (1999)* era temporal y que la invocación del principio estaba dirigido al ámbito de la Antigua Yugoslavia, pero no al ámbito de Serbia, formada con posterioridad.

- b) No existe un presunto *derecho de autodeterminación* y/o un *principio de "secesión como remedio"* (amparado en violaciones de derechos humanos), para justificar la DUI. El derecho de autodeterminación de los

pueblos se encuentra regulado en el Derecho internacional bajo estrictas condiciones que no podrían ser aplicadas al caso de Kosovo¹⁶. En síntesis, comporta una doble dimensión, externa e interna y debe seguir criterios sistemáticos (como muestra la Resolución 2625 (XXV)¹⁷ de la Asamblea General y la propia jurisprudencia emanada de la Corte¹⁸). Precisamente, la *Resolución 1244* (1999) establece un equilibrio entre dos principios aplicables (la soberanía e integridad territorial de la RFY y el principio de autodeterminación de Kosovo) de manera que la autodeterminación de Kosovo es de naturaleza interna, es decir, dentro del régimen internacional establecido por el Consejo de Seguridad y, por tanto, dentro del Estado de Serbia. En cuanto a la prevalencia del derecho humanitario como causa suficiente para sustentar la “secesión como remedio” y la legitimación de la DUI, Serbia arguye que la defensa de los derechos fundamentales (y por ende de las minorías y la aplicación del derecho humanitario) ya se tomó en consideración por el Consejo de Seguridad en el momento de adoptar la *Resolución 1244* (1999) y establecer el régimen de autoadministración de Kosovo, mediante el cual lo que precisamente se pretendía era la instauración de un sistema de reconocimiento y protección de los derechos humanos (incluyendo a las minorías)¹⁹.

¹⁶ Desarrollaremos estos elementos en el capítulo siguiente.

¹⁷ Disposición general 2, párrafo 1 de la Resolución 2625 (XXV)

¹⁸ Sahara Occ. Avis consultatif, CIJ Recueil 1975, p 33; Actividades militares y paramilitares en Nicaragua, CIJ, Recueil 1986 párrafo 202 y siguientes, 212 y siguientes, y 242; Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Avis consultatif, CIJ Recueil 2004, pág. 171, párrafo, 88-89; Actividades armadas en el territorio del Congo, CIJ, Recueil, 2005, pág. 168, párrafo 162-165.

¹⁹ Vale la pena citar el informe elaborado por la Comisión independiente sobre el conflicto de Georgia (encargado por el Consejo de La UE en 2008), Vol I, Pag. 17, Párrafo 11 (<http://www.ceiig.ch/Report.html>): “... *International law does not recognise a right to unilaterally*

c) La DUI es contraria al Régimen legal establecido por la *Resolución 1244 (1999)*. La DUI proclamada en febrero de 2008 es un acto *ultra vires*, incompatible con un régimen de administración internacional provisional. Es decir, si nadie ha cuestionado que la *Resolución 1244 (1999)* estuviera todavía vigente en ese momento y, por tanto, desplegando toda su virtualidad jurídica sobre los actores en el proceso, entonces resulta evidente que la Declaración de independencia de Kosovo, vulneró la exigencia de respeto a la integridad territorial de Serbia, contemplada en esa resolución. En efecto, las premisas que se contienen en la *Resolución 1244 (1999)* son claras: poner fin al conflicto (lo que militarmente se produjo); adopción de garantías jurídicas para salvaguardar los derechos humanos de los habitantes de Kosovo; plantear un proceso político (una hoja de ruta) que desembocara en una solución consensuada del conflicto; realizar todo el proceso bajo el amparo de una administración internacional que supervisara la actuación de las autoridades provisionales de Kosovo y, todo ello, sin menoscabo del *principio de Soberanía e Integridad territorial* de Serbia, que incluye a Kosovo como parte integrante de ese Estado.

d) Planteadas estas premisas, la DUI violaría el espíritu y la letra de la *Resolución 1244 (1999)* en los siguientes aspectos i) está emitida por una autoridad provisional que carece de competencias para ello; ii) viola el principio de soberanía e integridad territorial de Serbia, contemplado en la Resolución; iii) solo el Consejo de Seguridad de la ONU puede dar

create a new state based on the principle of self-determination outsider the colonial context and apartheid. An extraordinary acceptance to secede under extreme conditions such as genocide has so far no found general acceptance..."

por finalizado el desarrollo del proceso político tendente a fijar un estatus para Kosovo; iv) la no actuación del Representante Especial de ONU (en el sentido de reprobación de la DUI) no puede justificar su validez ni su adecuación a lo establecido por la Resolución.

Aunque luego entraremos a fondo en los argumentos que avalan o no la legitimidad de este proceso, no cabe duda de que las razones jurídicas esgrimidas por Serbia fueron suficientemente sustentadoras de su impugnación. Es innegable que (como más adelante veremos) los argumentos políticos y de conveniencia internacional pesaron mucho más que los argumentos jurídicos a la hora de justificar la independencia de Kosovo.

2. DECLARACIÓN DE LA REPÚBLICA DE KOSOVO ANTE LA CORTE

Como es obvio, los argumentos defendidos por las autoridades de Kosovo para sustentar su declaración de independencia y contestar a la demanda de Serbia podemos imaginarlos con facilidad puesto que son, precisamente, los que Serbia se ocupó de rebatir en las alegaciones que acabamos de exponer. De manera sucinta podemos sintetizarlos así:

- a) Kosovo es un caso *sui generis*, dadas las especiales circunstancias de emergencia en las que se ha desarrollado su historia reciente, por lo que su peculiaridad resultaría difícilmente replicable en otro escenario
- b) Bajo la *Resolución 1244 (1999)* Serbia fue excluida de cualquier rol en el gobierno de Kosovo, siendo esta tarea desarrollada por UNMIK y por las propias instituciones kosovares, tuteladas por UNMIK, desde 1999 hasta la actualidad.

- c) El proceso político para alcanzar un estatus final en Kosovo, propiciado por la *Resolución 1244 (1999)*, debía depender de la voluntad del pueblo kosovar, sin contar con el consentimiento de Serbia. El propio Ahtisaari, Enviado Especial del Secretario General de Naciones Unidas, tras largas negociaciones, concluyó que prolongarlas solo llevaría a un “callejón sin salida” y que el mantenimiento por más tiempo del “status quo” resultaba insostenible por lo que la independencia se planteaba como la única solución viable²⁰.
- d) La DUI de Kosovo se presentaba como el último acto de una ‘no consensuada’ (forzada) disolución de la antigua Yugoslavia. En efecto, para las autoridades kosovares, la revocación de la autonomía de Kosovo por parte de Serbia, en 1989, fue un eslabón fundamental en la cadena de eventos que desembocaron en el colapso de Serbia²¹. Antes de la ruptura de la antigua Yugoslavia, Kosovo mantuvo “de facto” una doble naturaleza. Por un lado, era una comunidad constitutiva de la Federación (con iguales prerrogativas a las otras 6 repúblicas federadas). Por otro lado, era una provincia autónoma dependiente de Serbia. Con la desintegración de la Federación yugoslava, las garantías constitucionales no se restablecieron. Por ello, la forma brutal en la que Serbia disolvió la autonomía kosovar, los sucesos de los años 90 y los términos en los que se estableció la Constitución de la República de Serbia en 2006, no dejaron otra salida a Kosovo que la independencia, de la misma manera que otras antiguas repúblicas de la extinta

²⁰ AHTISAARI, Martii, *Propuesta Integral de Acuerdo sobre el Estatuto de Kosovo*, 5 de marzo de 2007.

²¹ DECLARACIÓN DE KOSOVO ANTE LA CIJ, 17 de julio de 2009, Parte IV (sumario y conclusión), página 126.

Yugoslavia alcanzaron su independencia, reconocida sin restricciones por la práctica totalidad de la comunidad internacional.

- e) La voluntad del pueblo de Kosovo de determinar libremente su estatus político ha sido una constante histórica. Esa voluntad quedó clara a todos los participantes en la Conferencia de Rambouillet en 1999 y fue reconocido en el Documento final resultante (la libre decisión del pueblo kosovar) como uno de los elementos clave de la futura solución del estatus de Kosovo²². Así se reconoció después de la intervención militar de la OTAN y la finalización del conflicto armado en 1999, cuando la *Resolución 1244 (1999)* se refirió expresamente a los *Acuerdos de Rambouillet*. También fue reconocido durante la administración de UNMIK en Kosovo y durante las extensas negociaciones del estatus final de Kosovo llevadas a cabo por Ahtisaari. Los principales participantes en ese proceso, incluido el Grupo de Contacto, señalaron repetidamente que el estatus final de Kosovo debería ser tal que pudiera ser aceptado por el pueblo de Kosovo.
- f) Los crímenes contra la humanidad y la violación de derechos humanos sufridos por el pueblo de Kosovo en 1998 y 1999 reforzaron sus anhelos de independencia y su deseo de no integrarse de nuevo en Serbia²³.

²² CONFERENCIA DE RAMBOUILLET. Capítulo 4.

²³ El pueblo de Kosovo ha sufrido abusos contra los derechos humanos en 1912, en la década de 1920 y 1930, entre 1945 y 1966 y durante las décadas de los años 1980 y 1990, culminando en la limpieza étnica de 1998-1999. Para los kosovares, estas actuaciones son el resultado de una deliberada política de las autoridades serbias. Como prueba, se refieren a las declaraciones emitidas en el Juicio contra Milutinovic, de 26 de febrero de 2009, en el Tribunal contra los Crímenes de Guerra de la Antigua Yugoslavia.

g) Las negociaciones para decidir el estatus final de Kosovo cayeron en un “impasse” desde finales de 2007, que ya no podía reanudarse. La prolongación en el tiempo de ese *impasse* podría haber desembocado en una grave desestabilización de Kosovo e incluso de las regiones (países) colindantes. Este hecho fue reconocido tanto por Ahtisaari (Enviado Especial de la ONU) como por la “Troika” negociadora y por el propio Secretario General de Naciones Unidas. Todos concluyeron que no valía la pena continuar con una negociación atascada que no hacía más que alentar de forma contradictoria las expectativas del pueblo kosovar y fomentar la tesis de Serbia de que la negociación y el proceso en general estaban condenados al fracaso. De ahí que la DUI del 17 de febrero de 2008 constituyera la única salida viable al conflicto, otorgando al pueblo kosovar las garantías jurídicas de una Constitución, el establecimiento de un autogobierno con instituciones propias, el reconocimiento internacional de Kosovo y su admisión en las organizaciones internacionales y, sobre todo, la constatación de que se trataba de un hecho irreversible. Todo ello sin perjuicio de que la República de Kosovo reafirme su voluntad de mantener buenas relaciones de vecindad con Serbia. Insistiendo en que toda conversación con la República de Serbia será siempre bienvenida en tanto que trate sobre asuntos de mutuo interés y se base en relaciones de igualdad entre estados independientes y soberanos. La República de Kosovo reitera que no admitirá nunca conversaciones sobre asuntos relativos a su soberanía e independencia²⁴.

h) Desde el 17 de febrero de 2008, muchos Estados han reconocido ya a Kosovo como un estado independiente y soberano, y otros muchos

²⁴ DECLARACIÓN DE KOSOVO ANTE LA CIJ, de julio de 2009, conclusiones, página 128.

están dando los pasos necesarios para hacerlo. Esto atañe, de manera particular, a la mayoría de los países europeos, incluyendo a sus vecinos más cercanos, con la excepción de Serbia. Esto solo cabe interpretarlo como que Europa, en general, considera que reconocer a Kosovo como un Estado soberano e independiente constituye un factor determinante para la paz y la estabilidad en la región. Por otro lado, desde la declaración de independencia, el autogobierno Kosovo ha dado importantes pasos para implementar las normas internacionales, la cooperación con las instituciones internacionales, la protección a las minorías y, en general, todas las exigencias propias del Estado de Derecho. Por todo ello, Kosovo ya participa, como Estado soberano e independiente en las relaciones internacionales, a través del establecimiento de relaciones diplomáticas con otros miembros de la Comunidad Internacional. Particularmente, Kosovo se convirtió en miembro del FMI y del Banco Mundial a finales de junio de 2009. De hecho, Kosovo ha recibido (y sigue recibiendo) ayuda económica de gran parte de la Comunidad Internacional, incluso ayuda proveniente de aquellos países que no han dado todavía el paso formal de reconocer su independencia.

- i) Por último, las autoridades kosovares aluden a que el futuro común para Kosovo y Serbia pasa por su admisión como socios de la Unión Europea. En su *Informe Oficial* de noviembre de 2008, el Consejo de Seguridad acogió favorablemente los esfuerzos de la Unión Europea para avanzar en una visión global de los Balcanes occidentales para la consecución de la paz y la estabilidad en la zona. Para ello, el favorecimiento de unas relaciones de buena vecindad entre Kosovo y Serbia podría propiciar un progreso “mano a mano” entre ambos países

para lograr una total integración de ambos en las instituciones europeas, incluyendo la UE y el Consejo de Europa²⁵. Para la Delegación kosovar esto constituiría un ejemplo de visión positiva de futuro y no un retorno al pasado.

Los fundamentos jurídicos sobre los que se sustentaba dicha posición, avalando la legalidad de la declaración de independencia de Kosovo eran los siguientes:

- a) En primer lugar, la Delegación de Kosovo se detiene en las cuestiones de procedimiento, enumerando los defectos procesales que, a su juicio, contiene la solicitud de Serbia a la Asamblea General. Solicita que la Corte no emita un pronunciamiento porque la cuestión planteada por Serbia no indica el modo en que dicho pronunciamiento asistirá a la Asamblea General. Para Kosovo, esa solicitud, en realidad, esconde el propósito de influir negativamente en los Estados sobre el reconocimiento de Kosovo como estado independiente. Además, alegaba, la Corte no está facultada para proporcionar consejo legal a cualquiera que se lo pueda pedir; su misión es aconsejar legalmente a los órganos políticos de las Naciones Unidas y a las Agencias Especiales, en las materias de su competencia.

- b) Por otra parte, para las autoridades de Kosovo, la cuestión interpuesta ante la Corte es de un alcance muy limitado puesto que se centra solo en analizar una declaración (la declaración de independencia) realizada en un determinado momento, pero cuyas consecuencias ya han sido

²⁵ INFORME DEL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE SEGURIDAD de N.U. de 26 de noviembre de 2008 (Dossier n.º 91)

desplegadas e implementadas. Por otra parte, la cuestión ha sido diseñada y planteada por un solo estado (Serbia). En efecto, la propia Serbia reconoció ser el autor de la demanda y el único “patrocinador” de la misma en la Asamblea General²⁶. Además, la demanda sugiere (incorrectamente) que la DUI de Kosovo fue adoptada por “las Instituciones Provisionales de Autogobierno de Kosovo”, cuando en realidad la DUI fue un acto votado y firmado por los representantes democráticamente elegidos por el pueblo de Kosovo, actuando de manera totalmente independiente de la Asamblea, dentro del PISG (las instituciones provisionales de auto Gobierno)²⁷.

- c) En tercer lugar, resulta injustificable para las autoridades de Kosovo que se asuma la existencia de normas de Derecho internacional relativas a las declaraciones de independencia, cuando, de hecho, la Ley o el Derecho internacional no regula, en modo alguno, tales declaraciones. Los kosovares niegan la existencia de normas de Derecho internacional que prohíban la promulgación de una declaración de independencia, que debe entenderse como un acto concreto que, en combinación con otras circunstancias, hechos y factores, podría o no desembocar en el nacimiento de un nuevo Estado. Solamente si naciera el nuevo Estado, quedaría este bajo las normas internacionales que, entonces sí, regularan sus derechos y obligaciones²⁸. Consecuentemente, para la Delegación kosovar, la Declaración de Independencia de Kosovo, del 17 de febrero de 2008, fue un hecho puntual, que no contravino ninguna norma o ley aplicable del Derecho internacional.

²⁶ GENERAL ASSEMBLY, *Resolution, 63/3*.

²⁷ PISG: Siglas en inglés de “Provisional Institutions of Self-Government”.

²⁸ Este es el argumento principal que utiliza la CIJ para eludir un pronunciamiento concreto sobre la legalidad o no de la DUI.

- d) En cuanto a la violación de los principios de Soberanía e integridad territorial, esgrimidos por Serbia, la Delegación kosovar entiende que tales principios no contienen ninguna regla que prohíba la promulgación de una declaración de independencia. Por otra parte, este principio se aplica únicamente en las relaciones entre Estados. Para la Delegación kosovar esto es un hecho sobradamente demostrado en la amplia Jurisprudencia de la CIJ sobre el asunto²⁹. Más aun, el Principio de Soberanía e Integridad territorial regula la prohibición del uso de la fuerza por parte de un Estado en contra de la soberanía, integridad territorial e independencia política de otro. Y, más específicamente, contra la alteración de las fronteras internacionalmente establecidas de ese otro Estado. Es decir, este principio no está creado para proteger a un Estado contra sus desarrollos internos, tales como la promulgación de una declaración de independencia. Consecuentemente, Serbia no puede invocar este principio contra el pueblo de Kosovo, sus representantes democráticamente elegidos y su Declaración de Independencia.
- e) A continuación, afirma que la DUI del 17 de febrero de 2008 refleja las constantes peticiones de ejercicio del derecho de autodeterminación del pueblo de Kosovo ante las autoridades serbias, desde 1989, y hasta la misma fecha de la Declaración de Independencia (como demuestra la propia Constitución de la República de Serbia de 2006). Todo ello como respuesta a las continuas violaciones de los más elementales derechos humanos y crímenes de guerra perpetrados contra el Pueblo de Kosovo

²⁹ La delegación de Kosovo (Parte IV, sumario y conclusiones) consigna esta afirmación, sin especificar los datos sobre la Jurisprudencia de la CIJ a la que se alude.

que lo legitiman para que sea internacionalmente reconocido su derecho de autodeterminación y para declarar su independencia de Serbia. Ninguna ley internacional puede prohibir (y de hecho ninguna lo prohíbe) que tal conclusión, basada en tales argumentos, pueda verificarse.

- f) Las autoridades kosovares se pronuncian también respecto a la adecuación de la DUI a la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. En primer lugar, entienden que la DUI no contraviene la Resolución 1244 (1999), puesto que en esta se preveía un proceso político (hoja de ruta) que incluía la posibilidad de la independencia de Kosovo, si era este el deseo del pueblo. En las negociaciones que tuvieron lugar en Rambouillet, previas a la adopción de la Resolución 1244 (1999), la República Federal de Yugoslavia y Serbia intentaron que el estatus final de Kosovo fuera el de una región autónoma, dependiente de Serbia. El texto final, sin embargo, afirmó que el estatus final de Kosovo debería reflejar el sentir del pueblo de Kosovo. Estos Acuerdos constituyeron el fundamento de la Resolución 1244 (1999). De modo que esta no prejuzgaba ninguna solución final para el estatus de Kosovo, ni autonomía ni independencia. Fue una hoja de ruta 'neutral'. En segundo lugar, lo único que sí quedó claro en la Resolución fue que cualquier solución final para Kosovo quedaba al margen de la aprobación de Serbia y debía regirse, ante todo, por "la voluntad del Pueblo de Kosovo". Por tanto, las referencias contenidas en la Resolución 1244 (1999) a la integridad territorial de Serbia (o de la República Federal de Yugoslavia) deben ser interpretadas y entendidas como referencias a las relaciones entre Estados, y en modo alguno como algo exclusivamente referido al mencionado proceso político

“encargado” por la propia Resolución 1244 (1999). Por tanto, esas referencias tampoco prejuzgaban la solución final del estatus para Kosovo.

- g) Argumenta también la Delegación kosovar que el Proceso encargado por la Resolución 1244 (1999) finalizó en 2007, cuando los representantes de Naciones Unidas determinaron que la independencia era “la única solución viable”, de acuerdo con lo expuesto en el Informe del Enviado Especial Naciones Unidas (encargado por el Secretario General), Sr. Ahtisaari³⁰. Una vez aceptado este Informe por el Secretario General de Naciones Unidas no se puede decir que la DUI contraviene la Resolución 1244 (1999). Al contrario, la DUI era un paso obvio y necesario en el proceso para el definitivo estatus de Kosovo.

- h) Relacionado con el punto anterior, se insiste en que la DUI no fue declarada ilegal por el Enviado Especial del Secretario General de Naciones Unidas, potestad que le otorgaba la Resolución 1244 (1999) y la hoja de ruta constitucional promulgada a tal efecto en 2001 (podía –y debía– declarar nulo cualquier acto de la Asamblea de Kosovo, que contraviniera, a su buen juicio, lo estipulado en la Resolución). El hecho cierto es que el Enviado Especial no indicó nunca que la DUI la contraviniera la Resolución.

- i) Finalmente, la delegación kosovar niega que la DUI vulnerara la Resolución 1244 (1999) como un acto *ultra vires* de las Instituciones Provisionales de Autogobierno de Kosovo, o que contraviniera la hoja de

³⁰ INFORME DEL ENVIADO ESPECIAL DE N.U. AL SECRETARIO GENERAL SOBRE EL FUTURO ESTATUS DE KOSOVO. 26 de marzo de 2007 (Dossier n.º 203)

ruta constitucional. Se afirma que la DUI fue expresión de los representantes, democráticamente elegidos, del Pueblo de Kosovo. Como se muestra en el texto y la forma de la Declaración, los representantes del Pueblo de Kosovo no pretendieron actuar como una de las Instituciones Provisionales de Autogobierno de Kosovo, sino como expresión de la voluntad popular. Pero incluso si la CIJ estimara que la DUI fue un acto de las Instituciones Provisionales de Autogobierno de Kosovo, este no sería un acto *ultra vires* (de una institución interina que transgrede los límites de su competencia). Fue el acto de un Cuerpo Constituyente declarando, en nombre del Pueblo de Kosovo su disposición a recibir de forma permanente las competencias de gobierno, de acuerdo con la Resolución 1244 (1999). En ese sentido, el Enviado Especial, con autoridad para anular los actos de las Instituciones Provisionales de Autogobierno de Kosovo, no anuló la DUI. Por tanto, no puede hablarse de violación de la Resolución 1244 (1999) ni de las normas establecidas por la UNMIK para el gobierno de Kosovo. En todo caso, aunque se hubieran sobrepasado las competencias, no habría violación del Derecho internacional público, sino puras normas locales o domésticas. Y estando en la esfera interna de Kosovo están fuera del ámbito de la CIJ.

En definitiva, la Delegación kosovar afirma que la DUI es consistente con la práctica general del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para regular las conductas de los Estados y que cuando el Consejo pretende regular este tipo de conducta lo hace de forma clara, sin emplear lenguajes ambiguos o expresiones vagas. Por consiguiente, dados los términos de la Resolución 1244 (1999), el proceso político desarrollado en función de esta y la reacción

del Enviado Especial después de la Declaración de Independencia de Kosovo, no existen bases o argumentos para concluir que la DUI, de febrero de 2008, contravenga la Resolución 1244 (1999) o cualquier otra norma aplicable de Las leyes internacionales.

3. LA DECLARACIÓN DE ESPAÑA ANTE LA CORTE

La postura de España en relación con la DUI de Kosovo fue netamente favorable a la tesis defendida por Serbia y se basa fundamentalmente en tres argumentos, que son (i) La necesaria preservación de la integridad territorial de Serbia. (ii) El carácter provisional de las autoridades de Kosovo que no le faculta para proclamar la declaración de independencia. (iii) La imposibilidad de actuar de espaldas a la ONU³¹.

Previo al desarrollo de estos argumentos, la Delegación española afirmó que la participación de España en el procedimiento se hacía sobre la base del reconocimiento de la competencia que la CIJ tenía en el caso. En efecto, España entendía que la CIJ podía emitir una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica, abstracta o no, y con ello ejercer su función de “determinar los principios y reglas existentes, interpretarlas y aplicarlas... aportando así a la cuestión una respuesta fundada en el derecho”³². Al respecto, la postura española señaló (acertadamente) que no existía ninguna duda sobre la

³¹ La postura de España en el caso de la declaración de independencia de Kosovo se instrumenta mediante dos escritos presentados ante la CIJ el 14 de abril de 2009 y el 17 de junio de 2009. Por último, el 8 de diciembre de 2009, la Consejera Legal del Ministerio de Asuntos Exteriores de España, D^a Concepción Escobar presentó sus conclusiones orales en la serie de debates públicos celebrados en La Haya desde el 1 de diciembre hasta el 22 de diciembre de 2009. Se pueden consultar en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15706.pdt>

³² AVIS CONSULTATIF, CIJ, Recueil 1996 (I), pag. 134, parrf. 13

naturaleza jurídica de la cuestión expuesta por la Asamblea General. Se trataba de una cuestión vinculada a la interpretación de normas y principios fundamentales, así como a las normas, no menos importantes, del régimen internacional establecido para Kosovo por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para determinar su futuro estatus. La dimensión jurídica de estos elementos no podía ser subestimada ni ignorada, por lo que el Órgano principal judicial de las Naciones Unidas debía ser quien se pronunciase al respecto.

La posición española no negaba que existiera una fuerte componente política en la cuestión propuesta por la Asamblea General, pero indicaba que este argumento (básico en la postura y la tesis esgrimida por EEUU, por ejemplo) aun siendo evidente, no podía obviar que la propia CIJ había señalado que “en buen número de cuestiones de la vida internacional, el carácter político no es suficiente para privarlas de su carácter de jurídico”³³. La tesis española insistía, además, en que el ejercicio de la competencia consultiva de la CIJ constituía la esencia de su actividad y, en este sentido, no había razones decisivas para justificar una renuncia de la CIJ a emitir su opinión consultiva sobre el asunto. Más aún, los aspectos básicos de la cuestión planteada por la Asamblea General hacían referencia al núcleo de los principios del Derecho internacional, así como al sistema establecido por la Comunidad Internacional para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional, recogido en la Carta de las Naciones Unidas.

Así pues, la delegación española defendía, ante todo, la competencia de la CIJ para emitir una opinión consultiva sobre la DUI y su adecuación a la Ley Internacional. Y con relación al fondo de la cuestión, los argumentos esgrimidos podrían sintetizarse así:

³³ AVIS CONSULTATIF CIJ, Recueil 1996 (I) pag 73 paraf 16

- a) Dado que la Asamblea General pedía a la CIJ que se pronunciara sobre si la declaración unilateral de independencia proclamada por las autoridades provisionales de la administración autónoma de Kosovo era conforme al Derecho internacional, España entendía que la CIJ debía responder concreta y específicamente a esta cuestión. Por lo tanto, ni los actos adoptados por las Instituciones provisionales de Kosovo después de la DUI, ni ningún otro acto realizado por país y/u organización internacional alguna, debían ser tenidos en cuenta para responder a la cuestión planteada.
- b) Esto no significaba abogar por una interpretación puramente formal de la cuestión, ya que esto llevaría a sacar la DUI de su contexto original. Se debía tener en cuenta que la Declaración proclamada por las autoridades provisionales de Kosovo no fue un hecho aislado, como tampoco se podía obviar la finalidad perseguida por los autores de esa Declaración y los efectos que podían producirse. Por consiguiente, todo ello debía enmarcarse en el contexto de una situación de y de unos actores determinados.
- c) A partir de aquí, la argumentación española proponía que la respuesta a la pregunta se debía construir sobre la base de todas las normas aplicables a Kosovo en esa fecha crítica; es decir, la Resolución 1244 (1999) y los principios fundamentales del Derecho internacional.
- d) A continuación, se afirmaba sin matices el respeto al principio de soberanía e integridad territorial de la República Federal de Yugoslavia, implícitamente reconocida en el texto de la Resolución 1244 (1999). De

acuerdo con esta, debía ser el Consejo de Seguridad de la ONU el actor protagonista del devenir de Kosovo, después de la actuación internacional, y de acuerdo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas³⁴. Esta Resolución esbozaba un sensato equilibrio entre todos los intereses presentes. Y de acuerdo con ella y con los principios fundamentales del Derecho internacional (incluida la protección básica de las personas), el Consejo de Seguridad no había optado por la independencia de Kosovo, ni tampoco había declarado que la República Federal de Yugoslavia perdiera, por estos hechos (y/o por la propia Resolución 1244) la soberanía sobre el territorio de Kosovo.

- e) El Consejo de Seguridad, frente a una situación de crisis extrema, se había limitado a establecer un régimen internacional en funciones (un régimen interino), buscando un equilibrio que tuviera en cuenta, tanto el principio de soberanía e integridad territorial de la RFY, como el principio de autodeterminación de los pueblos del territorio de Kosovo. Este régimen internacional estaría (de hecho, estaba) integrado por dos elementos estrechamente ligados: (i) Una “Administración en funciones”, dentro del cual la población de Kosovo podría disfrutar de una autonomía sustentada en el seno de la RFY³⁵. (ii) Un “proceso político” con vistas a determinar el futuro estatus de Kosovo³⁶. En consecuencia, no es posible mantener la vigencia y aplicabilidad de esa norma (la Resolución 1244) si no es contando con esos dos elementos. Es decir,

³⁴ RESOLUCIÓN 1244 (1999), *Preámbulo*, que refiere a la Carta de las Naciones Unidas, Cap. VII, “...al espíritu, las metas y principios consagrados por la Carta de las Naciones Unidas, así como su responsabilidad principal... para el mantenimiento de la Paz y de la seguridad internacionales...”

³⁵ RESOLUCIÓN 1244 (1999) párrafo 10.

³⁶ *Ibid.*, párrafo 11 e).

que la “Administración en funciones” se entiende dentro de una autonomía en el seno de la RFY y que el “Proceso político” para el futuro estatus de Kosovo, estaba abierto, al menos, mientras que el Consejo de Seguridad no decidiera lo contrario.

- f) Debe destacarse la incompatibilidad de la DUI con el régimen “interino” de la administración internacional en funciones, vigente en Kosovo en el momento de esa declaración de independencia. A todos los efectos, la DUI de febrero de 2008 es un acto *ultra vires*, incompatible con un régimen de administración internacional provisional, por mucho que este desarrolle una situación de autonomía.

- g) La Resolución 1244 (1999) en modo alguno menoscaba la soberanía de Serbia sobre Kosovo. Para entender esta aseveración hay que tener en cuenta: (i) Que la autodeterminación se ejerce en el seno de la RFY, como expresamente dice la propia Resolución. (ii) El régimen de autodeterminación es un régimen internacionalizado, definido y sujeto a las normas que son claramente de naturaleza internacional y que incluyen no solo la Carta de Naciones Unidas, sino también la propia Resolución 1244 y el marco constitucional previsto para Kosovo, además de toda la batería de normas adoptadas a partir de la resolución del Consejo de Seguridad³⁷. (iii) La autodeterminación o el autogobierno de Kosovo está sujeto a la supervisión de los Órganos internacionales creados por la aplicación de la Resolución 1244. (iv) Las Instituciones de autoadministración de Kosovo responden a la naturaleza de un poder

³⁷ Hans HAEKKERUP (Representante Especial del Secretario General de NU) firmó, el 15 de mayo de 2001, el documento que constituye el “MARCO CONSTITUCIONAL” que ONU había previsto para Kosovo y su Gobierno provisional.

constituido no de un poder constituyente, ya que emanan (sobre un carácter provisional) de lo creado por la Resolución 1244, de la cual obtienen su legitimidad.

- h) Las instituciones provisionales de administración autónoma de Kosovo ejercían sus competencias con el alcance y los límites previstos dentro del régimen internacional al cual deben someterse. Es decir, están obligadas (aun cuando sean calificadas como “actores no estatales”) al cumplimiento de todos los principios fundamentales y todas las normas internacionales, al amparo de las cuales, una declaración unilateral de independencia, cuya finalidad es la creación de un nuevo Estado a partir de la secesión de Serbia, no sería conforme al Derecho internacional, en cuanto que se antepone al principio de soberanía e integridad territorial proclamado y garantizado por la Resolución 1244.

- i) Con relación a la apertura de un ‘proceso político’ para determinar el futuro estatus de Kosovo, tenía por finalidad poner fin a la crisis de Kosovo, concibiéndose como un instrumento para la negociación entre las partes con vistas a la obtención de una decisión (estatus). Es decir, se buscaba que no pudiera adoptarse una solución con el apoyo de una sola de las partes³⁸. La solución definitiva no estaba predeterminada, ni estaba sujeta a ningún límite, pero sí debía obtenerse mediante un acuerdo entre las partes interesadas, con acompañamiento de la comunidad internacional. En este sentido, la declaración unilateral de independencia contradice el Derecho internacional aplicable, en la medida que significa una infracción del procedimiento establecido por el

³⁸ RESOLUCIÓN 1244 (1999), anexo II, párrafo 8

Consejo de Seguridad, que exigía un arreglo aceptado por todas las partes.

- j) Con la DUI, una de las partes parece atribuirse la competencia reservada al Consejo de Seguridad (por la propia Resolución 1244), para decidir en última instancia sobre la procedencia o no del estatus aplicable a la cuestión de Kosovo.
- k) Respecto a la adecuación de la DUI con el principio de autodeterminación de los pueblos y con el principio de “secesión como remedio”, la posición española, sustentada por la Sra. Escobar, afirmaba que el derecho de autodeterminación de los pueblos comporta una doble dimensión, *externa* e *interna* (además de seguir los criterios sistemáticos establecidos en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General³⁹ y la jurisprudencia emanada de la propia CIJ⁴⁰). En consecuencia, la Resolución 1244 establecía un equilibrio entre dos principios fundamentales aplicables (la soberanía e integridad territorial de la RFY y la autodeterminación de Kosovo). El principio de autodeterminación de Kosovo constituye aquí una forma de ejercicio de la autodeterminación de naturaleza *interna*, dentro del régimen internacional establecido por el Consejo de Seguridad.

³⁹ DISPOSICIÓN GENERAL 2, párrafo 1 de la Resolución 2625 (XXV)

⁴⁰ Sahara Occ. AVIS CONSULTATIF, CIJ Recueil 1975, p 33; Actividades militares y paramilitares en Nicaragua, CIJ, Recueil 1986 párrafo 202 y siguientes, 212 y siguientes, y 242; Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, AVIS CONSULTATIF, CIJ Recueil 2004, pag 171, párrafo, 88-89; Actividades armadas en el territorio del Congo, CIJ, Recueil, 2005, página 168, párrafo 162-165.

l) Ciertamente que algunos países defienden la posibilidad del ejercicio del derecho de autodeterminación, contemplado desde su dimensión *externa*. Es decir, que, ante la grave violación de derechos humanos producida en Kosovo, así como de los derechos de las minorías (también violentados antes de la intervención de la comunidad internacional) y aplicando las exigencias del derecho humanitario, cabría apelar a la “secesión como remedio” y, por consiguiente, legitimar la declaración de independencia. Sin embargo, frente a esta posición, la Delegación española sostiene que la defensa de los derechos fundamentales (y por ende de las minorías y la aplicación del derecho humanitario) ya fue tomada en consideración por el Consejo de Seguridad en el momento de adoptar la Resolución 1244 y con el establecimiento del régimen de autoadministración de Kosovo, uno de cuyos objetivos era, precisamente, la instauración de un sistema de reconocimiento y de protección de los derechos humanos (comprendiendo también a las minorías). En conclusión, aun aceptando la hipótesis (forzada) de que la “secesión como remedio” fuera admisible dentro del Derecho internacional, esta no sería aplicable al caso de Kosovo, ni siquiera apelando a la existencia de minorías y del respeto a sus derechos.

m) Finalmente, respecto al silencio del Consejo de Seguridad frente a la DUI promulgada por las instituciones provisionales de Kosovo, la opinión de España es que no puede verse como una aceptación tácita de la declaración unilateral de independencia, ya que no cabe en el ámbito internacional interpretar el silencio como consentimiento. En ningún caso cabe concluir (de forma general) que el silencio suponga la aceptación y legitimación de una relación jurídica concreta entre dos partes, cuando

esas partes tienen intereses contradictorios. Por el contrario, el silencio no puede tener otra consecuencia que el de expresar la ausencia de consenso entre los miembros del Consejo de Seguridad, que es lo que ha impedido, hasta el momento, adoptar decisión alguna⁴¹. Pero sin que esto signifique que el propio Consejo se vea privado de sus competencias en el asunto. Tampoco el silencio del Secretario General y de su Representante Especial (así como el de la UNMIK) respecto de la DUI puede interpretarse como que declaran válida (o nula) la declaración, simplemente supone que la Resolución 1244 (1999) sigue vigente, mientras que el Consejo de Seguridad no decida otra cosa. Es decir, que, a todos los efectos, el proceso jurídico (que debe desembocar en el futuro estatus de Kosovo), propiciado por la Resolución no ha finalizado. Así lo propugnaba Ahtisaari, al proponer al Consejo la aprobación de su Plan para la independencia de Kosovo.

4. SOBRE LA COMPETENCIA DE LA CORTE Y LA OPORTUNIDAD DE EMITIR UNA OPINIÓN

La Corte comienza recordando que la cuestión sobre la que se ha solicitado la opinión consultiva está enunciada en la *Resolución 63/3*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 8 de octubre de 2008, en los siguientes términos:

⁴¹ Nos remitimos a la CIJ, Recueil, 1971, pág. 36, párrafo 69, "...el hecho de que tal o cual proposición no haya sido adoptada por un órgano internacional no implica necesariamente que se hubiera tomado una decisión global inversa..."; En el mismo texto (p. 250) el Juez Fitzmaurice afirma que "...cuando una proposición no tuvo ninguna continuación, en derecho, no se puede sostener después que la proposición ha sido aceptada realmente o que al menos no fue rechazada..."

“¿La declaración unilateral de independencia de las instituciones provisionales de la administración autónoma de Kosovo es conforme al Derecho internacional?”⁴²

Seguidamente, la Corte proporciona un breve resumen de los *Antecedentes del procedimiento* (párr. 1 a 16) y estructura su respuesta en cinco apartados: Competencia y facultad discrecional; alcance y significado de la cuestión; antecedentes fácticos; ajuste al Derecho Internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo y conclusión.

4.1. Afirmación de la competencia

Así pues, la primera cuestión que la CIJ debía resolver era la de su competencia, de acuerdo con el artículo 65.1 de su Estatuto (párr. 18 a 28). No pocas suspicacias y reticencias se suscitaron al respecto, tanto por parte de muchos Estados como por parte de la doctrina internacionalista. El cuestionamiento de la competencia de la Corte por parte de los Estados se sustentaba básicamente sobre la finalidad y alcance de la respuesta. Por parte de la doctrina, se cuestionaba la escasa intervención de la Asamblea General en la DUI de Kosovo, frente al protagonismo del Consejo de Seguridad. Lo veremos a continuación.

La facultad de la Corte para emitir una *Opinión consultiva* se basa en el párrafo 1 del artículo 65 de su Estatuto, que dispone que “podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de

⁴² El texto en inglés era el siguiente: «*Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international Law?*» Cfr. párr. 1 de la *Opinión Consultiva* de 22 de julio de 2010 en el asunto sobre la conformidad de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo (<http://www.ki-cij.org>).

cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma.”. Al respecto, el Tribunal acude a su propia jurisprudencia, aduciendo que en este caso se cumplen esas exigencias: la *Opinión* fue solicitada por un órgano habilitado al efecto, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y su Estatuto; y además, se trataba de una cuestión jurídica que entraba en el ámbito de actividad del propio órgano⁴³.

Una vez acreditado el cumplimiento de esas condiciones, la CIJ aceptó emitir la *Opinión* y contestó a las alegaciones realizadas por algunos países, en las que se cuestionaba su competencia. La Corte examinó, a la luz de su jurisprudencia, si realmente existían razones para rechazar la solicitud de dictamen consultivo que la Asamblea le trasladó. Una parte de las alegaciones contrarias se basaba en que dicha solicitud no pretendía, en realidad, ayudar a la Asamblea General sino servir a los intereses políticos de un Estado, por lo que procedía negarse a emitir dictamen⁴⁴.

En efecto, algunos Estados señalaron que la Corte debió haber rechazado la solicitud porque la DUI estaba inserta dentro del ordenamiento constitucional o, en su caso, dentro del ordenamiento interno de Serbia, no siendo un acto regulado por el Derecho internacional y debiendo, por ello, calificarse como un

⁴³ Esto vale para todos los órganos de las Naciones Unidas y sus organismos especializados, ya que la Asamblea General y el Consejo de Seguridad pueden solicitar, según el artículo 96 de la Carta, una Opinión consultiva sobre “cualquier cuestión jurídica”. No obstante, a pesar de lo previsto en los artículos 10 y 11 de la Carta, que otorgan a la Asamblea General competencias muy amplias para ocuparse prácticamente de cualquier cuestión, el artículo 12.1 prevé expresamente que mientras que el Consejo de Seguridad esté tratando una diferencia o cualquier otra situación, la Asamblea no debe hacer ninguna recomendación, a menos que el Consejo se lo pida. La CIJ justificó la oportunidad de emitir su Opinión afirmando que «la solicitud de una Opinión consultiva no constituye en sí una recomendación de la Asamblea General» (*Opinión consultiva*, cit. (nota 2), párr. 24).

⁴⁴ CIJ - OPINIÓN CONSULTIVA de 22 de julio de 2010. A/64/881, párr. 32.

acto político. Sobre el particular, los representantes de Kosovo fueron aún más allá y dijeron que un pronunciamiento de la Corte carecería de importancia a efectos prácticos porque una manifestación del pueblo o del poder constituyente no puede ser regulada ni por el Derecho internacional ni por el Derecho constitucional.

¿Tenía finalidad política la iniciativa de Serbia con el apoyo de los Estados contrarios a la DUI de solicitar una Opinión de la Corte? La respuesta es obvia: por supuesto que tenía esa finalidad. Nadie esperaba que la Asamblea General de Naciones Unidas llegara a pronunciarse sobre la DUI, pero sí se pretendía que un dictamen de la Corte interpretando la DUI como incompatible con la Resolución 1244 (1999), contrarrestara la versión impulsada por la UE y los EEUU (que afirmaban su coherencia con dicha Resolución a través del informe Ahtisaari) y que, en el mejor de los casos, facilitara a la Asamblea General un replanteamiento del estatus. La posibilidad de que esto sucediera proyectaba una enorme incertidumbre sobre la solución del conflicto y fomentaba el riesgo de un nuevo recrudecimiento de las acciones bélicas⁴⁵.

La Corte, sin entrar en demasiadas sutilezas, afirmó que la cuestión que se le había planteado era 'exclusivamente' determinar si la declaración de independencia de Kosovo se ajustaba al Derecho internacional. Y, en ese sentido, entendió que una pregunta que se refiere exclusivamente a si una acción es compatible o no con el Derecho internacional expresa necesariamente una cuestión jurídica. También señala que no se le ha pedido

⁴⁵ Así lo dejó reflejado el juez Bonnouna en su opinión disidente que dejó constancia de este peligro, afirmando que un dictamen sobre esta cuestión: "solo puede perder en este juego político, sin contribuir realmente ni a atenuar las tensiones suscitadas por la Declaración unilateral de independencia ni a la clarificación de la responsabilidad de las Naciones Unidas respecto a un territorio que está bajo su administración» (Vid. *Opinión disidente* del juez Bonnouna, *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 22-23).

que emita una opinión sobre si la DUI se ajusta a las normas de Derecho interno de Kosovo o Serbia, sino solamente si se ajusta al Derecho internacional. De ahí que su dictamen se deba ceñir exclusivamente al Derecho internacional, al margen de lo que se establezca en el Derecho interno del Estado.

La Corte rechazó también el argumento de las ‘consecuencias políticas negativas’ que podría tener la Opinión señalando que no era ella, sino el órgano que solicitó la Opinión, quien debería determinar si su dictamen era necesario o no para el ejercicio de sus funciones. Y añadió que “la competencia consultiva no es una especie de recurso judicial que esté a la disposición de los Estados”, sino un medio para permitir a la Asamblea General, al Consejo de Seguridad y otros órganos de la ONU y demás instituciones, que puedan cumplir con lo previsto en el artículo 96.2 de la Carta de las Naciones Unidas, que prevé la asistencia del Tribunal como ayuda en el cumplimiento de sus funciones institucionales. Y es que, en efecto, la Opinión que la Corte emite no se dirige a ningún Estado, sino solo al órgano que la solicita. La Corte también recuerda que se ha manifestado repetidamente sobre este particular: el hecho de que una cuestión tenga aspectos políticos no basta para privarla de su naturaleza de cuestión jurídica (*Petición de revisión del fallo núm. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1973, pág. 172, párr. 14*). Y añade que, cualesquiera sean sus aspectos políticos, no puede negarse a responder a los elementos jurídicos de una cuestión que la invita a ejercer una función esencialmente judicial, es decir, la evaluación de un acto con referencia al Derecho internacional. La Corte entendió también que, al determinar la cuestión —relacionada con la competencia— de si debe evaluar un asunto jurídico, no le preocupa la naturaleza política de los motivos que pudieran haber inspirado la solicitud, ni las consecuencias políticas que pudieran derivarse de su opinión (*Condiciones*

de admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas (Artículo 4 de la Carta), opinión consultiva, 1948, I.C.J. Reports 1947-1948, pág. 61, y Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1996 (I), pág. 234, párr. 13). Teniendo en cuenta lo expuesto, la Corte “considera que es competente para emitir una opinión consultiva en respuesta a la solicitud hecha por la Asamblea General”.

4.2. Sobre la facultad discrecional

Acto seguido (párr. 29 a 48) la Corte reivindica su *facultad discrecional* para emitir una opinión, precisando que “el hecho de que la Corte sea competente no quiere decir que esté obligada a ejercer su competencia”. Este apartado tiene una gran extensión empleando veinte párrafos en lo que no pasa de ser una ‘cuestión preliminar’ para establecer su competencia.

Desde su establecimiento, la CIJ nunca había hecho uso de esta *facultad discrecional*. Su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, solo una vez se negó a emitir un dictamen, alegando que la U.R.S.S. (uno de los dos Estados en disputa), al no ser miembro de la Liga de las Naciones, no aceptaba la competencia del órgano jurisdiccional. En este caso, sin embargo, una vez que la CIJ había afirmado que manifestarse sobre un tema legal suponía participar en las actividades de las Naciones Unidas, como principal órgano judicial de esta institución, ya dejaba claro que no podía negarse a emitir una opinión. Y, de acuerdo con la jurisprudencia uniforme que la propia Corte había venido estableciendo desde el inicio, solo cuando concurren “razones imperiosas” cabría denegar su opinión en respuesta a una solicitud que considere de su competencia.

“La Corte ha recordado muchas veces en el pasado que el párrafo 1 del Artículo 65 de su Estatuto, que establece que ‘La Corte podrá emitir opiniones consultivas...’, debería interpretarse en el sentido de que la Corte tiene la facultad discrecional para negarse a emitir una opinión consultiva aun cuando se hayan reunido los requisitos necesarios para que tenga competencia.” (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, opinión consultiva de 9 de julio de 2004, I.C.J. Reports 2004 (I), pág. 156, párr. 44*). La Corte observa que la facultad discrecional de responder o no a una solicitud de opinión consultiva existe “para proteger la integridad de la función judicial de la Corte y su naturaleza como principal órgano judicial de las Naciones Unidas”.

A partir de aquí, la Corte examina cuidadosamente si, a la luz de su jurisprudencia anterior, existen razones para negarse a responder a la solicitud de la Asamblea General. Para ello, considera exhaustivamente todos y cada uno de los argumentos y objeciones formuladas por los Estados participantes que aconsejarían acogerse a la referida *facultad discrecional* y no emitir un dictamen. Las objeciones planteadas podrían agruparse en dos categorías: i) las referidas a consideraciones extralegales y ii) las referidas a la distribución interna de competencias dentro de Naciones Unidas⁴⁶.

4.3. Las objeciones extralegales planteadas por los Estados

La primera objeción que aborda la Corte es la que plantearon algunos Estados respecto a la naturaleza de los motivos que, presuntamente, se escondían detrás de la solicitud de la Opinión. En efecto, se aludió a que de los debates producidos en la Asamblea General se podía inferir que solicitar la opinión

⁴⁶ JACOBS, D., YANNICK, R., “Waiting for Godot: An Analysis of the Advisory Opinion on Kosovo”, *Leiden Journal of International Law*. Vol. 24 (2) 2011, p. 334.

consultiva no tenía como objeto asistir a la Asamblea General en el desarrollo del conflicto de Kosovo, sino servir a los intereses de Serbia, único patrocinador de la resolución, cuyos representantes declararon que votar en contra (de la solicitud de opinión) sería, en realidad, negar el derecho de cualquier país, ahora o en el futuro, a solicitar un recurso judicial a través del sistema de las Naciones Unidas⁴⁷.

La Corte responde a esto que la competencia consultiva no es un recurso judicial puesto a disposición de los Estados, sino el medio por el cual la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y otros órganos de las Naciones Unidas, además de los organismos específicamente facultados para ello por la Asamblea General, con arreglo al párrafo 2 del Artículo 96 de la Carta, pueden solicitar la opinión de la Corte para asistirlos en sus actividades. La opinión de la Corte no se da a los Estados sino al órgano que la solicitó. La Corte considera que, “precisamente por esa razón, los motivos de los Estados patrocinadores de una resolución por la que se solicita una opinión consultiva, o de los que votan a favor de ella, no son pertinentes para que la Corte ejerza su facultad discrecional de responder o no”⁴⁸.

La segunda objeción versaba sobre los fines para los cuales la Asamblea General solicitaba la Opinión. Al no haber especificado dichos fines, no se podía deducir cuál era la utilidad jurídica del dictamen. La CIJ rechaza esta objeción alegando que corresponde al órgano que solicita la *Opinión* y no a la Corte, determinar si necesita dicho dictamen para el adecuado desempeño de sus funciones y la utilidad que debe darle. En otras palabras, la utilidad de la

⁴⁷ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 30.

⁴⁸ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 31.

Opinión debe ser evaluada por la Asamblea General y no debe ser la Corte (ni los Estados) quienes evalúen si el dictamen resulta jurídicamente útil o inútil⁴⁹.

La Corte recuerda que ha sostenido siempre esta doctrina, aludiendo a su *Opinión consultiva sobre la Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares (1996)*, en la que se responde a una objeción similar (no haber explicado los fines para los cuales solicitaba una opinión) manifestando lo aquí reproducido: “No cabe a la Corte decidir si la Asamblea necesita la opinión consultiva para el desempeño de sus funciones. La Asamblea tiene derecho a decidir por sí misma, a la luz de sus propias necesidades, sobre la utilidad de una opinión.” (*I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 237, párr. 16). En el mismo sentido, en su *Opinión consultiva sobre las Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado (2004)*, la Corte observó que “no puede pretender que su evaluación de la utilidad de la opinión solicitada sustituya la del órgano que la solicita, es decir, la Asamblea General” (*I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 163, párr. 62)⁵⁰.

La tercera objeción extralegal se refería a las posibles consecuencias políticas adversas de la citada opinión. La Corte encuentra este argumento muy poco relevante, considerando que no le corresponde evaluar si su opinión puede acarrear consecuencias negativas o no. No dependen de la Corte las consecuencias que sus decisiones puedan o no generar. De modo que responder a la solicitud de la Asamblea General está por encima de unas hipotéticas consecuencias políticas negativas. Recuerda al respecto que la Corte no puede sustituir, con su propia evaluación, la del órgano solicitante,

⁴⁹ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 32.

⁵⁰ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 33.

decidiendo si su opinión será útil para ese órgano o si probablemente tendrá un efecto negativo⁵¹.

Además, la Corte apunta que ese mismo argumento podría invocarse también por quienes estén a favor de la emisión de su opinión, entendiendo que podría generar ‘consecuencias políticas positivas’, lo cual no es tampoco razón suficiente para pronunciarse. El rechazo de las consideraciones políticas constituye una línea jurisprudencial sostenida de la Corte, que ha mantenido su libertad para pronunciarse con independencia de los factores políticos adyacentes⁵².

4.4. La distribución interna de competencias dentro de Naciones Unidas

Quizá la objeción de más peso respecto a la oportunidad de emitir una Opinión radicaba en el escaso papel que la Asamblea General había jugado en el conflicto, dado que el papel primordial lo había desempeñado el Consejo de Seguridad. En efecto, como la propia Asamblea reconoce⁵³, el Consejo de Seguridad ya estaba ejerciendo su responsabilidad para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales en Kosovo desde hacía más de diez años, mientras que la Asamblea General desempeñaba un papel secundario. Partiendo de este presupuesto, muchos países cuestionaron que fuera la Asamblea General el órgano adecuado para solicitar la Opinión, siendo el Consejo de Seguridad quien realmente estaba ejerciendo sus competencias sobre el terreno.

⁵¹ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 34.

⁵² *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 35.

⁵³ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 31.

Para muchos autores, la respuesta que dio la Corte a esta objeción fue excesivamente superficial y muy poco convincente⁵⁴. Estos son sus argumentos:

En primer lugar, reconoce que el Consejo de Seguridad ha llevado siempre la iniciativa en el conflicto de Kosovo, pero afirma que la Asamblea General también se ha ocupado del tema⁵⁵. A partir de ahí, la Corte realiza un detallado análisis de las actuaciones de ambos órganos con respecto a la situación de Kosovo, enumerando las resoluciones emanadas del Consejo de Seguridad, pero indicando que la Asamblea General también aprobó diversas resoluciones relativas al problema kosovar, relacionadas sobre todo con los derechos humanos en la región y con el presupuesto y la financiación de la UNMIK. No obstante, la Corte reconoce que el asunto de Kosovo no formaba parte del programa anual de la Asamblea General, en febrero de 2008, cuando se emitió la DUI, por lo que fue necesario incluirlo posteriormente, de manera extraordinaria, para poder examinar la propuesta de opinión consultiva a la CIJ⁵⁶.

En segundo lugar, la Corte justifica su asunción de la demanda de la Asamblea General, invocando los artículos 10 y 11 de la Carta de las Naciones Unidas. La Corte estima que, si bien la solicitud que se le hizo se refiere a una situación que el Consejo de Seguridad ha calificado de amenaza a la paz y seguridad internacionales y que, por tal razón, sigue estando incluida en el orden del día del Consejo, ello no significa que la Asamblea General no tenga un interés legítimo en la cuestión. Los Artículos 10 y 11 de la Carta otorgan a la Asamblea General una facultad muy amplia de debatir cuestiones en el ámbito de las

⁵⁴ BERMEJO, R., GUTIÉRREZ, C., “La declaración unilateral de independencia de Kosovo...”, cit., p. 13.

⁵⁵ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 31.

⁵⁶ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 38.

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 debate⁵⁷.

La Corte observa además que el Artículo 12 no prohíbe a la Asamblea General adoptar medidas respecto de amenazas a la paz y seguridad internacionales de las que se esté ocupando el Consejo de Seguridad. 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 al respecto recuerda lo que ya dijo en la *Opinión sobre el Muro*: “[...] la existencia de una tendencia creciente a que Asamblea General y Consejo de Seguridad examinen de forma paralela una

⁵⁷ BERMEJO, R., GUTIÉRREZ, C., “La declaración unilateral de independencia de Kosovo...”, cit., p. 14.

misma cuestión relativa al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales”⁵⁸. De modo que, mientras el Consejo de Seguridad tiende a privilegiar los aspectos relacionados con la paz y seguridad internacionales, la Asamblea General los examina bajo un ángulo más amplio, en relación con los aspectos económicos, humanitarios y sociales⁵⁹.

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

La Corte recuerda que el propósito de la competencia consultiva es permitir que los órganos de las Naciones Unidas y otros organismos autorizados obtengan opiniones de la Corte que les presten asistencia en el desempeño futuro de sus funciones. La Corte no puede determinar qué medidas quizás desee adoptar la Asamblea General después de recibir la opinión de la Corte o qué efecto podría tener la opinión en relación con esas medidas. Como ha quedado demostrado, la Asamblea General está facultada para debatir la declaración de independencia y, dentro de los límites considerados supra, formular recomendaciones respecto de ese u otros aspectos de la situación en Kosovo sin inmiscuirse en las facultades del Consejo de Seguridad⁶⁰.

⁵⁸ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 41.

⁵⁹ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 42.

⁶⁰ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 42-43.

En consecuencia, el hecho de que hasta el momento la declaración de independencia se haya debatido únicamente en el Consejo de Seguridad y que el Consejo haya sido el órgano que ha adoptado medidas respecto de la situación en Kosovo no constituye una razón imperiosa para que la Corte se abstenga de responder a la solicitud hecha por la Asamblea General. La Corte también señala que, en el pasado, la Asamblea General ha adoptado medidas respecto de la situación en Kosovo. Entre 1995 y 1999, la Asamblea General aprobó seis resoluciones relativas a la situación de los derechos humanos en Kosovo. A partir de 1999 todos los años la Asamblea General ha aprobado, con arreglo al párrafo 1 del Artículo 17 de la Carta, el presupuesto de la UNMIK. En consecuencia, la Corte observa que, respecto de la situación en Kosovo, la Asamblea General ha desempeñado las funciones que le son propias.

Así pues, el hecho de que tenga necesariamente que interpretar y aplicar las disposiciones de la *Resolución 1244 (1999)* del Consejo de Seguridad, en el curso de su respuesta a la cuestión planteada por la Asamblea General, no constituye una razón imperiosa para no responder a esa cuestión. Ciertamente, la interpretación y aplicación de una decisión de uno de los órganos políticos de las Naciones Unidas es, en primer lugar, responsabilidad del órgano que adoptó la decisión; no obstante, a la Corte, en su condición de principal órgano judicial de las Naciones Unidas, también se le ha solicitado frecuentemente que considere la interpretación y los efectos jurídicos de ese tipo de decisiones. En definitiva, para la Corte no resulta en absoluto incompatible con la integridad de su función judicial dedicarse a esa tarea.

A su juicio, la cuestión real que se plantea radica en establecer si debe abstenerse de responder a la solicitud de la Asamblea General, salvo que se lo pidiera el Consejo de Seguridad, siendo este el órgano que aprobó la *Resolución 1244* y el responsable, en primer lugar, de interpretarla y aplicarla.

Al respecto, la Corte señala lo siguiente: “cuando, como en el presente caso, la Asamblea General tiene un interés legítimo en la respuesta en cuestión, el hecho de que la respuesta pueda referirse en parte a una decisión del Consejo de Seguridad no es suficiente para justificar que la Corte se abstenga de dar su opinión a la Asamblea General”. De lo que antecede, la Corte concluye que “no hay razones imperiosas para abstenerse de ejercer su competencia respecto de la solicitud que tiene ante sí”⁶¹.

4.5. La opinión de los jueces discrepantes

Partiendo de lo anteriormente expuesto, la Corte determinó, por una mayoría de nueve votos contra cinco, que no existían razones imperiosas para abstenerse de ejercer su competencia respecto de la solicitud formulada por la Asamblea General⁶². Esto significa que la decisión final de la Corte no estuvo exenta de discrepancias entre los jueces que integraron el tribunal. Al respecto, el juez marroquí **Mohamed Bennouna** afirmó en su *opinión disidente* que esta fue la primera vez que la Asamblea General solicitó una opinión consultiva sobre un tema que no se encontraba dentro de su agenda y que, hasta entonces, había sido tratado únicamente por el Consejo de Seguridad. Por tanto, Bennouna estima que la Corte debió haber rechazado responder a la pregunta para evitar que “solicitudes frívolas” de los órganos políticos de la ONU sean presentadas en el futuro y, de esta manera, proteger la integridad de la Corte y de su funcional judicial. Bennouna se referiría a proteger a la Corte del intento de utilizarla para el debate político en lugar de para lo que debe ser

⁶¹ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 44.

⁶² *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 48 y 123.

su función que es equilibrar correctamente las competencias de los órganos de la ONU⁶³.

Asimismo, el juez marroquí añadió que, aun siendo consciente de la tarea y el deber de la Corte de contribuir a la acción de las Naciones Unidas, la decisión final sobre el estatus de Kosovo no podía ser tomada por la Asamblea General, sino que debía hacerlo el Consejo de Seguridad, bajo cuya jurisdicción exclusiva recaía el asunto de Kosovo⁶⁴. Bennouna estima también que la Corte solo puede salir perdiendo en relación a las consecuencias políticas negativas que tendría la *Opinión*, sin contribuir realmente ni a atenuar las tensiones suscitadas por la declaración de independencia ni a la clarificación de la responsabilidad de las Naciones Unidas respecto de un territorio que está bajo su administración. El juez va aún más lejos al afirmar que, desde la declaración de independencia, el hecho consumado de la creación de Kosovo, en tanto que entidad internacional independiente, está supeditado a lo que suceda en la práctica del día a día, disolviendo de facto, y cada vez más, la presencia de las Naciones Unidas y de su administración⁶⁵.

Por todo lo anterior, el marroquí concluye que la Corte no podía suplir al Consejo de Seguridad en el ejercicio de sus responsabilidades, ni tampoco podía constituirse como garante legal de una política de hechos consumados, liderados por quien puede pegar más fuerte. El deber de la Corte, añade Bennouna, es preservar su función, que consiste en establecer el Derecho, clara e independientemente, y de esa forma conseguir proteger su credibilidad cumpliendo sus funciones para el beneficio de la comunidad internacional⁶⁶.

⁶³ Opinión disidente del Juez Bennouna: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15999.pdf>, párrafos 2 y 3.

⁶⁴ *Ibid.*, párrafo 16.

⁶⁵ *Ibid.*, párrafo 23.

⁶⁶ *Ibid.*, párrafo 25.

Por su parte, el vicepresidente del tribunal, el juez eslovaco **Peter Tomka**, señaló rotundamente en su *Declaración* que la Corte debió haber ejercido su facultad discrecional y con ella haber rechazado responder a la pregunta formulada, como único medio de mantener la integridad de la función jurisdiccional y la naturaleza del tribunal como órgano judicial. Asimismo, señaló que era el Consejo de Seguridad y no otro órgano el encargado para determinar si la declaración de independencia era o no conforme al Derecho aplicable a tal acto. En consecuencia –añadió– al no haberlo hecho, el silencio del Consejo no podía ser interpretado como una aprobación tácita de dicha declaración⁶⁷. Tomka advierte que, teniendo en cuenta los antecedentes fácticos en la adopción de la *Resolución 63/3*, no le es posible encontrar un interés suficiente para que la Asamblea General solicitara la opinión consultiva. Por lo tanto, estima que solo si la Corte hubiera sido preguntada por el Consejo de Seguridad, hubiera sido procedente responder a la solicitud⁶⁸.

También resulta relevante la *opinión disidente* del juez ruso **Leonid Skotnikov**, que critica duramente la conclusión a la que llegó la mayoría señalando, en primer lugar, que la Corte debió haber usado su facultad discrecional para negarse a aceptar una situación a la que nunca antes esta se había enfrentado; esto es, responder a una pregunta planteada por un órgano de Naciones Unidas cuya respuesta dependía completamente de la interpretación de una resolución emanada de otro órgano de la ONU. Estima el juez que una vez que la Asamblea General recibiera la *opinión consultiva* de la Corte, no podría beneficiarse de ella debido a que su actividad estaría limitada por el artículo 12 de la Carta⁶⁹.

⁶⁷ Declaración del Juez Tomka.: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15989.pdf>, párrafos 2-4.

⁶⁸ *Ibid.*, párrafos 5 y 9.

⁶⁹ Opinión disidente del juez Skotnikov: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/16001.pdf>, párrafos 1 y 3.

En este sentido, Skotnikov critica la justificación de la mayoría (que se apoya en la creciente tendencia de ambos órganos políticos de la ONU a actuar en paralelo sobre asuntos relativos al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales). Señala el juez ruso que dicha justificación no servía al caso Kosovo, puesto que aquí la Corte solo podía realizar una interpretación de la *Resolución 1244 (1999)* del Consejo de Seguridad⁷⁰. Pero cualquier interpretación que hiciera el tribunal sobre esa *Resolución* carecería de autoridad puesto que no fue el Consejo de Seguridad quien solicitó la opinión. De manera que la Corte, al determinar la legalidad de la declaración de independencia, estaría substituyendo injustificadamente al Consejo de Seguridad, único órgano que pudo haber solicitado el dictamen del tribunal. En definitiva, para Skotnikov el hecho de que la Corte no ejercitara su facultad discrecional y se negara a dar respuesta a la pregunta presentada por la Asamblea General, solo podía generar implicaciones negativas para la integridad de la función judicial del tribunal como órgano principal de las Naciones Unidas⁷¹.

Pese a haber votado con la mayoría en la cuestión principal, el juez neozelandés **Kenneth Keith**, en su *opinión separada*, manifestó sus dudas sobre la conveniencia de una respuesta de la Corte a la Asamblea General en las particulares circunstancias del caso. Consideró que la CIJ debería haber abordado específicamente la cuestión de que un órgano solicite una opinión consultiva cuya temática abarque el ejercicio de los poderes especiales de otro órgano de la Carta de las Naciones Unidas⁷².

⁷⁰ *Ibid.*, párrafo 6.

⁷¹ *Ibid.*, párrafos 7 y 9.

⁷² Opinión separada del Juez Keith: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15995.pdf>, párrafos 1 y 6.

Una vez analizadas las distintas resoluciones al respecto de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, Keith señala que la Corte carecía de toda base para llegar a la conclusión de que existía el interés necesario de la Asamblea General para solicitar una opinión consultiva. En su opinión, el papel de la Asamblea era demasiado pequeño como para obtener una respuesta de la Corte. Basándose siempre en que rol del Consejo de Seguridad en esta materia había sido prácticamente exclusivo, Keith concluye que la Corte debió haber rechazado responder a la petición formulada⁷³.

Por último, procede hacer una referencia a la extensa *opinión separada* (240 párrafos) del juez brasileño **Antonio Cançado Trindade**. Aborda este el recurso a la facultad discrecional afirmando que la distinción entre una pregunta de carácter legal y otra de carácter político es ilusoria, puesto que los temas pueden tener tanto aspectos legales como políticos y la doctrina jurídica está comúnmente mezclada en todo proceso político. Por lo tanto, para el juez Trindade, el hecho de plantear si una pregunta es de corte jurídico o político realmente afecta a la contestación de la pregunta, pero no a su formulación, y cabe recordar que las decisiones judiciales deben, necesariamente y exclusivamente, ceñirse al ámbito de lo jurídico⁷⁴.

Trindade concluye que la *facultad discrecional* de la Corte es inexistente. Arguye que el tribunal habría caído en una confusión innecesaria, admitiendo que puede autolimitarse en su función consultiva y haciendo referencia a una supuesta discreción de la que carece. Estima que el uso de esa facultad está reservado únicamente para los órganos políticos. Apelar a ella en relación con dictámenes jurídicos provocaría un auténtico bloqueo a la evolución del Derecho internacional. En conclusión, estima que esa supuesta facultad

⁷³ *Ibid.*, párrafo 17.

⁷⁴ Opinión separada del juez Cançado Trindade. [en línea]: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/16003.pdf>, párrafos 8 y 9.

discrecional ni existe, ni debería jamás ser ejercitada, respondiendo con ello a la auténtica naturaleza de la Corte como principal órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas⁷⁵.

4.6. Valoración de los argumentos de la Corte

¿Qué valoración cabe hacer de este primer bloque de razonamientos de la Opinión consultiva en relación con su competencia para emitirla y sobre la oportunidad de hacerlo?

Por un lado, constatar que la Corte ha aceptado prácticamente siempre su competencia cuando se le ha sometido una cuestión. De hecho, solo una vez en la historia de la Corte Internacional de Justicia se ha declarado incompetente para emitir una Opinión consultiva y fue en el asunto sobre la Legalidad del uso de las Armas Nucleares, cuando señaló que no estaba dentro de las competencias de la Organización Mundial de la Salud la pregunta sobre si es que era legal el uso o amenaza de las armas nucleares por parte de los Estados Miembros durante los conflictos armados. Sin embargo, y a pesar de ello, respondió a la misma pregunta una vez que fue presentada ante ella por la Asamblea General de la ONU.

Por otro lado, cabe señalar que, en esta ocasión, como indicaron las opiniones disidentes, había motivos de peso que habrían justificado una negativa a emitir su dictamen (amparándose en la facultad discrecional) y que habrían aconsejado que fuera el Consejo de Seguridad, como órgano directamente afectado, quien tomara la iniciativa de solicitarla.

⁷⁵ *Ibíd.*, párrafos 26, 27 y 34.

En tercer lugar, la Corte parecía tener un evidente interés en emitir una opinión, de ahí su enorme esfuerzo argumentativo en justificar su competencia, contestando expresamente a todas las objeciones que se le hicieron, pese a que lo más rentable para ella hubiera sido acogerse a las razones que justificaban no emitirla. Es decir, la Corte quería respaldar la Declaración de independencia, de lo contrario no se hubiera pronunciado y habría invocado la facultad discrecional. Pero, al mismo tiempo, la Corte era perfectamente consciente de la trascendencia y las consecuencias que iba a tener su decisión de declarar que la DUI no era contraria al Derecho internacional. En otras palabras, aun afirmando que no era la Corte la que debía prever esas consecuencias, ni tenía capacidad, en su caso, para imponerlas al órgano solicitante, resulta evidente que la Corte había previsto perfectamente las consecuencias de su decisión (consolidación del nuevo estatus de Kosovo). Pero quería también restringir al máximo el alcance de esas consecuencias, a nuestro juicio, en dos sentidos: por un lado, restringiéndolas al 'caso especial' de Kosovo (estaban latentes las cuestiones humanitarias, la limpieza étnica, la irreversibilidad de la situación) y por otro lado, restringiendo su respuesta a la más estricta literalidad de la pregunta formulada, evitando pronunciarse sobre el derecho de libre determinación, lo que inevitablemente habría hecho explotar el problema secesionista en todo el mundo.

5. ALCANCE Y SIGNIFICADO DE LA CUESTIÓN PLANTEADA POR LA ASAMBLEA GENERAL

En su segundo apartado, y como última cuestión preliminar antes de examinar el fondo del asunto, la Corte Internacional de Justicia se propone establecer

cuál es el alcance y el verdadero significado de la pregunta formulada ante ella por la Asamblea General (párrafos 49-56).

5.1. Fijación del contenido de la cuestión

La Corte comienza su análisis (breve) recordando que, en ocasiones anteriores, para emitir su respuesta, se había apartado de la redacción de la pregunta originalmente planteada. Esto se había producido en tres supuestos: a) cuando la pregunta no se había formulado de manera adecuada, b) cuando se determinó que la pregunta no reflejaba las cuestiones jurídicas realmente procedentes; c) cuando la pregunta presentada era poco clara o vaga. En este último caso, la Corte la clarificó antes de emitir su opinión⁷⁶.

Hecha esta aclaración inicial, en el párrafo 51, la CIJ afirma que la cuestión planteada por la Asamblea General está formulada claramente, tratándose de una cuestión acotada y específica. Y, en este sentido, entiende que lo que se solicita a la Corte es su opinión sobre si la declaración de independencia 'se ajusta o no al Derecho internacional'. El tribunal aclara que no se le pregunta sobre cuáles son las consecuencias jurídicas de la declaración de independencia, ni sobre la validez o efectos jurídicos del reconocimiento de Kosovo por los Estados que lo han reconocido como independiente. Para

⁷⁶ Vid. OCIJ párr. 50. La Corte recuerda aquí que, en algunos casos anteriores, "se apartó de la redacción de la cuestión planteada cuando ésta no se había formulado de manera adecuada" (véase, por ejemplo, Interpretación del acuerdo greco-turco de 1 de diciembre de 1926 (Protocolo Final, artículo IV), *OPINIÓN CONSULTIVA, 1928, P.C.I.J., Series B, No. 16*) o cuando determinó, con fundamento en su examen de los antecedentes de la solicitud, que ésta no reflejaba las "cuestiones jurídicas realmente procedentes" (Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto, *OPINIÓN CONSULTIVA, I.C.J. Reports 1980*, pág. 89, párr. 35). Igualmente, cuando la cuestión formulada era poco clara o vaga, la Corte la aclaró antes de emitir su opinión (Petición de revisión del fallo No. 273 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, *OPINIÓN CONSULTIVA, I.C.J. Reports 1982*, pág. 348, párr. 46).

descartar esa posible interpretación ‘extensiva’ del contenido, apela al argumento de que cuando algún órgano ha querido, con anterioridad, conocer las consecuencias jurídicas de un asunto determinado, así lo ha formulado expresamente ante la Corte. Además, para responder a la cuestión planteada por la Asamblea, no considera necesario abordar cuestiones tales como si la DUI ha desembocado o no en la creación de un nuevo Estado o cuál es la legalidad de los actos de reconocimiento de ciertos miembros de la comunidad internacional. La Corte concluye señalando que no encuentra motivo alguno para reformular el alcance de la pregunta en cuestión⁷⁷.

A pesar de lo expuesto, para la Corte existen dos aspectos en la formulación de la pregunta que requieren de especial atención. En primer lugar, lo referente a la *identidad* de los autores de la DUI. La *Resolución 63/3* de la Asamblea General, de 8 de octubre de 2008, en su único párrafo dispositivo, alude a “*la declaración unilateral de independencia formulada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo*”. Y, en el mismo sentido, en el tercer párrafo del preámbulo de la citada Resolución 63/3, se alude también a que “*el 17 de febrero de 2008 las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo declararon su independencia de Serbia*”. El hecho de que hubieran sido las ‘instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo’ las que promulgaron la declaración de independencia fue impugnado por varios de los participantes en el procedimiento. De ahí que la identidad de los autores de la DUI, como se demuestra *infra*, era un tema que podía afectar directamente a si tal declaración se ajustaba o no al Derecho internacional. La Corte consideró que ese aspecto no había sido determinado por la Asamblea General (ni directa ni indirectamente) y que la Asamblea General no pretendía restringir la libertad de la Corte de determinarlo por sí misma⁷⁸. Por eso entiende que el

⁷⁷ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 51.

⁷⁸ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 52.

contenido de la cuestión no hace referencia a la identidad de los autores de declaración y se ha formulado sencillamente como: “*Solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia respecto de si la declaración unilateral de independencia de Kosovo se ajusta al Derecho internacional*” (Resolución 63/3 de la Asamblea General, de 8 de octubre 2008). La redacción fue propuesta por la República de Serbia, único patrocinador de la Resolución 63/3, cuando pidió su inclusión como tema complementario del programa del sexagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General. El elemento común en el tema del programa y el título mismo de la resolución fue si la declaración de independencia se ajusta al Derecho internacional. Además, en los debates sobre el proyecto de resolución no se examinó la identidad de los autores de la declaración ni la diferencia de redacción entre el título de la resolución y la cuestión que se planteó a la Corte (A/63/PV.22). Como la Corte manifestó en un contexto diferente:

“No se debe presumir que la Asamblea General [...] ha tratado de restringir u obstaculizar a la Corte en el ejercicio de sus funciones judiciales; la Corte debe tener plena libertad para examinar todos los datos disponibles de que disponga para formarse una opinión sobre la cuestión sobre la que se le pide una opinión consultiva.”⁷⁹.

La Corte estima que esa consideración es aplicable al presente caso. Al evaluar si la declaración de independencia se ajusta o no al Derecho Internacional, la Corte debe tener libertad para examinar todos los

⁷⁹ *Ciertos gastos de las Naciones Unidas (párrafo 2 del Artículo 17 de la Carta), OPINIÓN CONSULTIVA*, I.C.J. Reports 1962, p. 157.

antecedentes y decidir por sí misma si esa declaración fue promulgada por las instituciones de gobierno autónomo o por alguna otra entidad⁸⁰.

A continuación, la Corte da respuesta a quienes invocaron la decisión de la Corte Suprema de Canadá, relativa a la secesión de la provincia de Quebec⁸¹, observando que dicha cuestión es radicalmente distinta a la planteada en el caso de Kosovo. En el asunto de Quebec, se le preguntó al alto tribunal canadiense sobre la posible existencia de un *derecho* a declarar la secesión de dicha provincia y acerca de si existía una norma de Derecho internacional que otorgara un derecho positivo a la Asamblea Nacional, al Parlamento o al Gobierno de Quebec para declarar su independencia. Al respecto, la CIJ afirmó que la cuestión planteada por Asamblea General en el caso de Kosovo no se refiere a derechos de secesión, sino que se limita a si la declaración de independencia se ajusta o no al Derecho internacional⁸².

A partir de aquí, en el párrafo 56, la Corte esgrime una de las afirmaciones más polémicas de la Opinión consultiva, al determinar el sentido que debe dársele a la cuestión planteada por la Asamblea General, haciendo con ello un ejercicio de malabarismo memorable⁸³. En efecto, la Corte entiende que la pregunta sobre si la declaración de independencia “se ajusta” al Derecho internacional debe interpretarse en el sentido de determinar “*si el Derecho internacional aplicable prohíbe la declaración de independencia*”. Si la Corte concluye que sí lo prohíbe, debe responder a la cuestión planteada diciendo que la declaración de independencia *no se ajusta* al Derecho internacional⁸⁴. Así pues, entiende

⁸⁰ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 53 y 54.

⁸¹ Reference by the Governor General concerning Certain Questions relating to the Secession of Quebec from Canada. 1998: <http://www.indigenousbar.ca/cases/quecess.PDF>.

⁸² *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 55.

⁸³ BERMEJO, R., GUTIÉRREZ, C., “La declaración unilateral de independencia de Kosovo...”, cit., p. 16-17.

⁸⁴ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 56

que la tarea que se le ha pedido a la Corte consiste en determinar si la declaración de independencia se aprobó o no en infracción del Derecho internacional. Por consiguiente, la cuestión planteada a la Corte “no la obliga a adoptar una posición sobre si el Derecho internacional otorgaba a Kosovo un derecho positivo de declarar unilateralmente su independencia o, *a fortiori*, sobre si el Derecho internacional otorga en general un derecho a entidades situadas dentro de un Estado a separarse unilateralmente de este. De hecho, sería enteramente posible que un acto en particular, como una declaración unilateral de independencia, no infrinja el Derecho internacional sin que necesariamente constituya el ejercicio de un derecho que este le confiere. A la vista de lo anterior, la Corte concluye que se le ha pedido una opinión sobre el primer punto (si el Derecho internacional aplicable contiene alguna norma que prohíba la declaración de independencia de Kosovo), pero no se le ha pedido sobre el segundo (si Kosovo tenía o no derecho a proclamar su independencia de Serbia)”⁸⁵.

En definitiva, la Corte elimina de un plumazo toda posible tentación de dirimir si Kosovo podía ampararse en el Derecho internacional para declarar unilateralmente su independencia (o si este derecho asiste, en general, a ciertas entidades situadas dentro del territorio de un Estado). Es más, haciendo un alarde interpretativo, la Corte reitera la posibilidad de que un acto en particular (la DUI) no sea contrario al Derecho internacional y no sea consecuencia del ejercicio de un derecho conferido por este⁸⁶.

Es obvio que la cuestión planteada se queda sin sustancia. Como se ha señalado, la discrecionalidad que la Corte reivindica queda convertida más bien en arbitrariedad, al responder solo a lo que ella decide, es decir, a lo que se

⁸⁵ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 56. Las aclaraciones entre paréntesis son mías.

⁸⁶ BERMEJO, R., GUTIÉRREZ, C., “La declaración unilateral de independencia de Kosovo...”, cit., p. 18.

considera 'políticamente correcto'. Así lo recalcaron jueces disidentes como el Juez Yusuf, aludiendo a una lectura 'estrecha y restrictiva' de la cuestión planteada por la Asamblea General que dejó en el aire otros muchos elementos. Era obvio (y no podía esconderse bajo eufemismos o sutilezas de ningún tipo) que la Declaración de independencia de Kosovo era la expresión de una demanda para separarse de un Estado y parte de un proceso para crear un nuevo Estado, sin el consentimiento de Serbia. Y por eso se le pedía a la Corte que analizara si el proceso por el que el pueblo de Kosovo estaba buscando crear su propio Estado acarrearía una violación del Derecho internacional o si, por el contrario, y a la luz de la eventual existencia de un derecho del pueblo de Kosovo en las específicas circunstancias que prevalecen en el territorio, dicho proceso podía encontrar amparo en dicho Ordenamiento jurídico. Al no pronunciarse el Tribunal sobre estas cuestiones optó por un enfoque más político que jurídico⁸⁷.

5.2. Las opiniones de los jueces discrepantes

Los dos temas que acabamos de exponer fueron, lógicamente, los que suscitaron opiniones disidentes de varios jueces en relación con la opinión de la mayoría. La hipotética reformulación de la pregunta planteada originalmente parecía bastante lógica por la incomprensible decisión de no aceptar la *identidad* de quienes proclamaron la DUI. Por otro lado, la decisión de orientar la pregunta hacia una confrontación de la DUI con alguna prohibición expresa del Derecho internacional, no podía alejar la sospecha de una manipulación interesada del fondo real de lo planteado, que no podía deslindarse de la existencia o no de un derecho de secesión. Veamos lo que argumentaron los jueces disidentes.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 19.

En lo relativo a la hipotética reformulación de la pregunta planteada, los jueces disidentes entendieron que sí comprendía originalmente la *identidad* de los autores de la DUI, señalándolos como ‘las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo’. Al respecto, el **juez Bennouna** manifestó que la Corte actuó con absoluta libertad para determinar el planteamiento de la solicitud, pero hasta tal punto que alteró completamente tanto su significado como su alcance; algo que, en su opinión, no debió realizar por cuanto carecía de relevancia el que la identidad de los declarantes hubiera sido discutida durante la adopción por la Asamblea General de la Resolución 63/3. Lo único relevante, como bien señala, estaba en el contenido de la pregunta formulada por la Asamblea General, de ahí que ni estaba justificado modificar su antecedente, ni afectaba al núcleo de la cuestión⁸⁸. Bennouna añade que, si la Corte fue capaz de aplicar su discreción hasta ese nivel, para terminar respondiendo a una pregunta ajustada a un molde preconcebido, eso perjudicaba seriamente la seguridad jurídica que debe prevalecer entre los Estados y los órganos de las Naciones Unidas que recurren a la Corte⁸⁹.

Por su parte, el vicepresidente de la Corte, el **juez Tomka**, señala, no sin cierta ironía, que, si la Corte ya había señalado que la pregunta estaba planteada de forma clara, con un contenido específico y concreto, no había ninguna necesidad de volver a ajustarla para reformularla según un parecer preconcebido. Y añade que la conclusión a la que llegó la Corte carece de fundamento sólido sobre los hechos que realmente rodearon la proclamación de la declaración y, por ello, la cataloga como una construcción intelectual *post hoc*. Para Tomka la decisión de la mayoría de la Corte, insinuando que los

⁸⁸ Opinión disidente del Juez Bennouna: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15999.pdf>, párrafos 27 y 29.

⁸⁹ *Ibid.*, párrafo 35.

actores en el proceso no tenían claro quiénes adoptaron la DUI del 17 de febrero 2008, resulta ridículo. Lo sabía Serbia, cuando propuso la pregunta; lo sabían los demás Estados presentes en el momento de adoptar la Resolución 63/3 en la Asamblea General; lo sabía el Secretario General de las Naciones Unidas y su Representante Especial cuando comunicaron la adopción de la DUI a la Asamblea; y, más aún, lo declaró el Primer Ministro de Kosovo cuando introdujo él mismo el texto de la declaración en la sesión especial de la Asamblea de Kosovo. Para Tomka, la pregunta estaba correctamente formulada por la Asamblea General, no habiendo razón para ajustarla ni, consecuentemente, para modificar el título mismo del caso⁹⁰.

Por su parte, el **juez Koroma** aceptó que la Corte tuviera la posibilidad de reformular o interpretar la pregunta planteada ante ella, pero rechazó que pudiera reemplazar la pregunta formulada por una de elaboración propia para, luego, proceder a responder esta última. A su juicio, esto es lo que la Corte hizo pese a que no se apreciaba ninguna razón para proceder en este sentido y reformular la pregunta⁹¹. Koroma va más allá, al destacar que nunca antes la Corte había reformulado una pregunta hasta el punto de convertirla en una pregunta completamente nueva, absolutamente distinta de su formulación original, algo que obviamente atenta contra la autoridad del órgano que la formuló. Concluye Koroma reiterando que la Corte carecía del poder para reformular la pregunta, ni implícita ni explícitamente. Además de que tal proceder implicaría tener que pronunciarse también sobre los actos realizados por cualquier otra entidad que no fueran las 'instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo'⁹².

⁹⁰ Declaración del Juez Tomka: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15989.pdf>, párr. 12 y 21.

⁹¹ Opinión disidente del Juez Koroma: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15991.pdf>, párr. 3.

⁹² *Ibidem*.

Con relación a la segunda de las cuestiones, la referida a que la pregunta de la Asamblea General debía ser respondida solo buscando alguna norma prohibitiva en el Derecho internacional, las críticas fueron todavía más duras e inclementes respecto a la decisión de la mayoría. En su declaración, el juez alemán **Bruno Simma**, manifestó su preocupación por lo que calificaba como “un análisis innecesariamente limitado y potencialmente engañoso”, denunciando el hecho de que la metodología usada por la Corte influenciaba de manera evidente tanto la interpretación de la solicitud de la Asamblea como la decisión sobre si la DUI fue adoptada violando el Derecho internacional.

Para Simma, la interpretación realizada no solo desvirtúa la formulación textual original de la pregunta, sino que, además, excluye del análisis de la Corte cualquier consideración acerca de si el Derecho internacional puede, específicamente, permitir o incluso prever un derecho a declarar la independencia cuando se cumplen determinadas condiciones⁹³. El razonamiento de la Corte, entiende Simma, refleja una visión obsoleta del Derecho internacional, representada por la decisión de la anterior Corte Permanente de Justicia Internacional (antecesora de la CIJ) en el Caso Lotus, según la cual las restricciones a la soberanía de los Estados no se pueden presumir, debido a la naturaleza consensual del orden legal internacional. De esta forma, en relación a un acto específico, no es necesario demostrar la existencia de una norma permisiva mientras que no exista una prohibición⁹⁴.

Simma recuerda que en un orden internacional que está fuertemente influenciado por las ideas del Derecho público, el razonamiento de la Corte en este punto es insostenible. En primer lugar, al limitar de un modo excesivo el alcance de la pregunta, el tribunal no está respondiendo a la cuestión

⁹³ Declaración del Juez Simma: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15993.pdf>, párrafo 1.

⁹⁴ *Ibid.*, párr. 2.

planteada de forma satisfactoria, puesto que tendría que realizar un análisis completo de las normas prohibitivas y permisivas que se relacionen con las declaraciones de independencia. En segundo lugar, al defender el principio del *caso Lotus*, la Corte desaprovechó la oportunidad de ir más allá de esta visión consensual y anacrónica del Derecho internacional, considerando la posibilidad de que el Derecho internacional sea neutral o deliberadamente silente al tratar la legalidad de ciertos actos. Haciendo esto, la Corte habría olvidado la amplitud con la que cabe entender la expresión “ajustarse al Derecho internacional”⁹⁵.

Este punto de vista fue compartido también por el juez somalí **Abdulqawi Yusuf**, para quien el razonamiento de la Corte acerca del modo de abordar la pregunta constituye una lectura excesivamente restringida y reductiva del asunto. En su opinión, lo que se preguntó a la Corte fue si el proceso por el cual el pueblo de Kosovo pretendía establecer su propio Estado podría considerarse por el Derecho internacional como un posible derecho positivo para la secesión, según las particulares circunstancias que se verificaban en ese territorio. Así pues, el juez considera que la limitación del alcance de la pregunta a la existencia o no de una prohibición por parte del Derecho internacional hacia las declaraciones de independencia, vacía por completo a la *Opinión* de la Corte de la mayor parte de su potencial contenido y substancia⁹⁶.

⁹⁵ *Ibid.*, párr. 3.

⁹⁶ Opinión separada del juez Yusuf: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/16005.pdf>, párrafo 2.

6. CONFORMIDAD DE LA DUI CON EL DERECHO INTERNACIONAL

Una vez finalizado el examen de las 'cuestiones preliminares' (que ocupa, como ya dijimos, dos tercios del texto de la *Opinión consultiva*), la Corte aborda el fondo del asunto, previa narración de los antecedentes fácticos que precedieron a la declaración de independencia. Para llevar a cabo este análisis, el tribunal emplea una metodología escalonada de confrontación de la DUI, en primer lugar, con las normas de Derecho internacional general, en orden a establecer si cabe identificar alguna que prohíba las declaraciones unilaterales de independencia y, en segundo lugar, determinar la conformidad de la DUI con la ley especial aplicable al caso particular de Kosovo, concretada en la *Resolución 1244 (1999)* del Consejo de Seguridad y el *Marco Constitucional* aprobado por la administración internacional.

6.1. Conformidad con el Derecho internacional general

La Corte comienza su examen (solo le dedica seis párrafos: 79-85) recordando que en siglos anteriores se llevaron adelante diversas declaraciones de independencia que, en su momento, fueron contestadas por el Estado de origen y que algunas veces dieron lugar a la creación de nuevos Estados y otras veces no. Por consiguiente, acudiendo a la práctica de los Estados, el hecho de promulgar declaraciones de independencia no puede considerarse contrario al Derecho internacional. Más bien, agrega la Corte, de la práctica de los Estados en ese período se desprende que el Derecho internacional no prohibía las declaraciones de independencia⁹⁷.

⁹⁷ *Opinión Consultiva: Conformidad con el Derecho Internacional de la DUI de Kosovo*: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>/párrafo 79.

La Corte continúa el análisis histórico señalando que, en la segunda mitad del siglo XX, el Derecho internacional en materia de libre determinación de los pueblos evolucionó hasta dar lugar a un 'derecho a la independencia de los pueblos' de los territorios no autónomos y de aquellos sometidos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras, es decir, en el ámbito de la colonización, tras lo cual nacieron muchos Estados mediante el ejercicio de dicho derecho. Asimismo, la Corte afirma que ha habido casos de declaraciones de independencia fuera de aquel contexto. Con todo, la Corte concluye que, en ninguno de los dos casos, la práctica de los Estados revela la aparición, en el Derecho internacional, de una nueva norma que prohíba la adopción de una declaración de independencia.

A continuación, la CIJ aborda otro de los asuntos polémicos de la *Opinión*: la posible aplicación del 'principio de integridad territorial' a este caso, el cual, según las alegaciones de muchos participantes en el proceso, contendría una prohibición implícita sobre declaraciones unilaterales de independencia. Al respecto, la Corte reconoce que el principio de integridad territorial de los Estados es un elemento importante del ordenamiento jurídico internacional⁹⁸ y procede a citar, en primer lugar, el artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas, donde dicho principio se encuentra consagrado. Según ese precepto:

“Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en

⁹⁸ *Ibid.*, párrafo 80.

cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”⁹⁹.

Continúa la Corte, señalando que en la Resolución 2625 de la Asamblea General, titulada “*Declaración sobre los Principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*”, se reitera el principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, deben abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado. En ese mismo sentido, la Corte recuerda que el *Acta Final de la Conferencia de Helsinki* sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, de 1 de agosto de 1975, estableció, en su artículo 4, la obligación de los Estados participantes de respetar la integridad territorial de cada uno de los Estados parte.

Pero, en base a lo establecido en los mencionados instrumentos, la Corte concluye que el alcance del principio de integridad territorial se circunscribe únicamente al ámbito de las relaciones entre Estados, no siendo aplicable a los actores intra-estatales y, por lo tanto, no puede ser aplicado al caso de la DUI.

La CIJ analiza también las alegaciones de algunos Estados, que invocaron resoluciones anteriores del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en las que se condenaban algunas declaraciones de independencia, en concreto, las que se produjeron en Rhodesia del Sur, Chipre septentrional y de la República Srpska. Al respecto, la Corte elabora una de sus conclusiones más relevantes dentro de la *Opinión consultiva*, señalando que en todos esos casos el Consejo de Seguridad se pronunció sobre la situación concreta que existía al momento de realizar las declaraciones de independencia, por lo tanto, la ilegalidad de

⁹⁹ CARTA DE NACIONES UNIDAS: <http://www.un.org/es/documents/charter/index.shtml>.

aquellas no se derivaba de su carácter unilateral, sino del hecho de que habían ido acompañadas de un uso ilícito de la fuerza o de otras graves infracciones a normas de Derecho internacional general, en particular a aquellas de carácter imperativo o de *ius cogens*¹⁰⁰. Por lo tanto, la Corte concluye que, dado el carácter excepcional de dichas resoluciones, no cabe inferir de la práctica del Consejo de Seguridad ninguna prohibición general de las declaraciones unilaterales de independencia.

Y siguiendo esa línea, justifica la que se ha considerado su afirmación más polémica: acepta la posibilidad de que exista un derecho de libre determinación externo de secesión ‘como *remedio*’, a favor del pueblo de Kosovo, en virtud de las circunstancias fácticas que antecedieron la DUI y, fundamentalmente, debido a las masivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos por parte de las autoridades serbias, de las que fueron víctimas los albanokosovares. La Corte recuerda que muchos de los actores en el proceso en sus alegaciones, aunque fuera como argumento secundario, aceptaron que la población de Kosovo tenía efectivamente un derecho de secesión debido a la situación sufrida a manos de los serbios.

La CIJ, en ese sentido, reconocía la importancia del principio de la libre determinación de los pueblos, pero también recordaba las profundas discrepancias habidas entre los Estados parte en el proceso respecto a la existencia o no del derecho de una parte de la población de un Estado a separarse de él y las circunstancias necesarias para que este derecho se manifieste¹⁰¹. No obstante, la Corte rechaza pronunciarse sobre el tema. Y lo hace porque la Asamblea General solamente le había solicitado su opinión sobre la conformidad de la DUI de Kosovo con el Derecho internacional,

¹⁰⁰ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párrafo 81: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>.

¹⁰¹ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párrafo 82.

mientras que el debate sobre el alcance del derecho a la libre determinación y la eventual existencia del derecho a la secesión como remedio, se encuentra fuera del ámbito de la pregunta formulada. En consecuencia, la Corte entiende que pronunciarse al respecto excede por completo el marco de la cuestión planteada por la Asamblea General. La Corte únicamente debe responder si la DUI vulneró el Derecho internacional general o la ley especial aplicable creada por la *Resolución 1244* del Consejo de Seguridad¹⁰².

La CIJ finaliza su breve análisis afirmando que, a la vista de los motivos expuestos, el Derecho internacional general no contiene ninguna prohibición referida a las declaraciones unilaterales de independencia y que, por lo tanto, la DUI de 17 de febrero de 2008, no violó el Derecho internacional general¹⁰³.

6.2. La Resolución 1244 (1999) y el 'Marco Constitucional' creado a su amparo

La Corte comienza este apartado reconociendo que la Resolución 1244 (1999) fue expresamente aprobada al amparo del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, lo que significa que impone obligaciones jurídicas internacionales. La resolución que afecta expresamente a la situación en Kosovo forma parte del Derecho aplicable en este caso, algo que nunca fue cuestionado por ninguno de los Estados participantes en el proceso¹⁰⁴.

Con relación al Marco Constitucional creado al amparo de la Resolución, la Corte pretende dirimir si se integra también en el Derecho internacional aplicable o si, como señalaron varios de los Estados participantes, solo tiene el carácter de acto de Derecho interno, en cuyo caso la cuestión de si la DUI es

¹⁰² *OPINIÓN CONSULTIVA*, párrafo 83.

¹⁰³ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párrafo 84.

¹⁰⁴ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párrafo 85.

congruente con ese Marco quedaría fuera del ámbito de la pregunta formulada por la Asamblea General.

En un razonamiento escueto (y ampliamente criticado), la Corte señala que los reglamentos de la UNMIK, dentro de los cuales se incluye el Marco Constitucional, fueron promulgados por el Representante Especial del Secretario General de la ONU, en virtud de la autoridad conferida por la Resolución 1244 (1999) y, en última instancia, por la Carta de las Naciones Unidas. Por consiguiente, la Corte entiende que la fuerza obligatoria del Marco Constitucional deriva del carácter vinculante de la Resolución 1244 (1999), es decir, del Derecho internacional y, como consecuencia, adquiere el mismo carácter de acto jurídico internacional¹⁰⁵.

A partir de aquí, se afirma que el Marco Constitucional constituye un ordenamiento jurídico específico solo aplicable en Kosovo y cuyo objetivo es regular, solo durante la fase provisional, cuestiones que habitualmente serían objeto del Derecho interno y no del Derecho internacional¹⁰⁶. Asimismo, la Corte confirma que, tanto la Resolución 1244 (1999) como el Marco Constitucional, seguían estando en vigor y siendo aplicables el día 17 de febrero de 2008¹⁰⁷, otorgando facultades de supervisión al Representante Especial del Secretario General en relación con las Instituciones Provisionales de Autogobierno de Kosovo (PISG)¹⁰⁸, y constituyendo el Derecho internacional aplicable a la situación en aquella fecha. Todo ello debe tomarse en consideración para responder a la cuestión planteada por la Asamblea General en su solicitud de opinión consultiva¹⁰⁹.

¹⁰⁵ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párrafo 86.

¹⁰⁶ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párrafo 87.

¹⁰⁷ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párrafo 88.

¹⁰⁸ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párrafo 89.

¹⁰⁹ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párrafo 90.

6.2.1. La interpretación de la Resolución 1244 (1999)

Antes de continuar con su examen, la Corte recuerda diversos factores pertinentes para la interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad (párrafos 94-100). Observa que, si bien cabe recurrir a las normas sobre interpretación de los tratados que figuran en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las diferencias que existen entre las resoluciones del Consejo de Seguridad y los tratados obligan a que también se tengan en cuenta otros factores en la interpretación de esas resoluciones. La Corte precisa que las resoluciones del Consejo de Seguridad son aprobadas por un órgano colegiado único y se redactan siguiendo un proceso muy distinto del que se emplea para la celebración de un tratado; son el resultado del proceso de votación previsto en el Artículo 27 de la Carta, y su texto final representa la opinión del Consejo de Seguridad como órgano. Además, las resoluciones del Consejo de Seguridad pueden ser vinculantes para todos los Estados Miembros, con independencia de que hayan participado o no en su formulación¹¹⁰. La interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad puede requerir que la Corte analice las declaraciones formuladas por los representantes de los miembros del Consejo en el momento de su aprobación y otras resoluciones del Consejo de Seguridad sobre la misma cuestión, así como la práctica ulterior de los órganos pertinentes de las Naciones Unidas y de los Estados afectados por esas resoluciones.

La Corte observa, en primer lugar, que la Resolución 1244 (1999) debe interpretarse a la luz de los principios generales establecidos en sus anexos 1 y 2, ya que, en la propia resolución, el Consejo de Seguridad: “1. Decidió que la solución política de la crisis de Kosovo se basara en los principios generales

¹¹⁰ *Opinión consultiva*, párr. 116.

que figuran en el anexo 1 y se refinara más adelante con arreglo a los principios y demás elementos necesarios enunciados en el anexo 2”. Esos principios generales trataban de resolver la crisis de Kosovo poniendo fin primero a la violencia y la represión en Kosovo y estableciendo luego una administración provisional. También se contemplaba una solución a más largo plazo, ya que la Resolución 1244 (1999) debía poner en marcha “[u]n proceso político encaminado al establecimiento de un acuerdo sobre un marco político provisional que prevea un gobierno autónomo sustancial para Kosovo, teniendo plenamente en cuenta los acuerdos de Rambouillet y los principios de soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia y los demás países de la región, y la desmilitarización del Ejército de Liberación de Kosovo”¹¹¹.

Además, cabe recordar que en el décimo párrafo del preámbulo de la Resolución 1244 (1999) también se hacía referencia a la soberanía e integridad territorial de la República Federal de Yugoslavia. Habiendo esbozado ya las principales características de la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, la Corte observa que tres de ellas son pertinentes para determinar el objeto y fin de la resolución:

En primer lugar, la resolución 1244 (1999) establece una presencia internacional civil y de seguridad en Kosovo con plena autoridad civil y política y responsable en exclusiva de la gobernanza de Kosovo. El 12 de junio de 1999 el Secretario General presentó al Consejo de Seguridad su concepto operacional preliminar para la organización general de la presencia civil bajo la UNMIK. El 25 de julio de 1999, el Representante Especial del Secretario General promulgó el reglamento 1999/1 de la UNMIK, que debía haber entrado en vigor el 10 de junio de 1999, fecha de aprobación de la resolución 1244

¹¹¹ RESOLUCIÓN 1244 (1999), de 10 de junio, anexo 1, sexto principio y anexo 2, párr. 8.

(1999) del Consejo de Seguridad. En virtud de ese reglamento se otorgaba a la UNMIK “toda la autoridad legislativa y ejecutiva respecto de Kosovo, incluida la administración del poder judicial”, que sería ejercida por el Representante Especial. Así pues, la Resolución 1244 (1999) y el reglamento 1999/1 de la UNMIK, interpretados de manera conjunta, tuvieron por efecto reemplazar el ordenamiento jurídico en vigor en ese momento en el territorio de Kosovo y establecer una administración internacional del territorio. Por ese motivo, el despliegue de presencias civil y de seguridad en Kosovo sobre la base de la Resolución 1244 (1999) debe entenderse como una medida excepcional sobre aspectos civiles, políticos y de seguridad y destinada a responder a la crisis que existía en ese territorio en 1999.

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

Kosovo era suspender temporalmente el ejercicio de la autoridad de Serbia derivada de la soberanía que seguía teniendo sobre el territorio de Kosovo. La finalidad del régimen jurídico establecido en la Resolución 1244 (1999) era establecer, organizar y supervisar el desarrollo de instituciones locales de autogobierno en Kosovo bajo los auspicios de la presencia internacional provisional.

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

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

6.2.2. Conformidad de la DUI con la Resolución 1244 (1999) y con las medidas adoptadas al amparo de esta

A continuación (párrafos 100-121) la Corte pasa a examinar si la Resolución 1244 (1999), o las medidas adoptadas al amparo de ella, contiene una prohibición específica de emitir una declaración de independencia aplicable a quienes aprobaron la DUI de 17 de febrero de 2008. A fin de responder a esta cuestión, la Corte trata de determinar con precisión quién emitió la declaración.

a) Identidad de los autores de la declaración de independencia (párrafos 102-109)

La Corte examina si la DUI de 17 de febrero de 2008 fue un acto de la “Asamblea de Kosovo”, institución provisional de autogobierno establecida en virtud del capítulo 9 del Marco Constitucional, o si quienes aprobaron la DUI actuaron en distinta calidad. Observa que, en la apertura de la sesión de 17 de febrero de 2008, en que se aprobó la DUI, el Presidente de la Asamblea y el Primer Ministro de Kosovo hicieron referencia a la Asamblea de Kosovo y al Marco Constitucional. La Corte considera, no obstante, que la DUI debe considerarse en un contexto más amplio, teniendo en cuenta los acontecimientos que precedieron a su aprobación, en particular los relacionados con el denominado “proceso relativo al estatuto definitivo”.

El objetivo principal de la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad era establecer un marco provisional de autogobierno para Kosovo. Si bien al aprobarse la resolución se pensaba que el estatuto definitivo de Kosovo se derivaría del marco establecido por esta y se elaboraría dentro de él, la Resolución 1244 (1999) no fijó los límites específicos del proceso relativo al estatuto definitivo, y menos aún su resultado. Así, el párrafo 11 de la Resolución, en especial sus apartados d), e) y f), solo se ocupa de las cuestiones relativas al estatuto definitivo en la medida en que incluye entre las responsabilidades de la UNMIK “facilitar un proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo, teniendo en cuenta los acuerdos de Rambouillet”, y, “en una etapa final, supervisar el traspaso de autoridad de las instituciones provisionales de Kosovo a las instituciones que se establezcan conforme a una solución política”.

La DUI refleja la conciencia de sus autores del fracaso de las negociaciones sobre el estatuto definitivo y del momento crítico que se había alcanzado para

el futuro de Kosovo. El preámbulo de la DUI hace referencia a los “años de negociaciones entre Belgrado y Pristina patrocinadas por la comunidad internacional en relación con la cuestión de nuestro futuro estatuto político” y sitúa expresamente la declaración en el contexto del fracaso de las negociaciones sobre el estatuto definitivo al señalar que no había sido posible “alcanzar ningún acuerdo sobre un estatuto mutuamente aceptable” (párrafos décimo y undécimo del preámbulo). A continuación, los autores de la declaración de independencia hacen hincapié en su determinación de alcanzar una “solución” respecto del estatuto de Kosovo y dar al pueblo de Kosovo “una clara visión de su futuro” (decimotercer párrafo del preámbulo). Esta redacción indica que los autores de la declaración no pretendían actuar dentro del marco normal del autogobierno provisional de Kosovo, sino que su objetivo era que Kosovo se convirtiera en “un Estado independiente y soberano” (párr. 1). Así pues, la intención de quienes aprobaron la declaración de independencia no era que surtiera efectos dentro del ordenamiento jurídico creado para la fase provisional, cosa que tampoco podía hacer. La Corte considera, por el contrario, que los autores de la declaración no actuaron, ni pretendieron actuar, en su calidad de institución creada por ese ordenamiento jurídico y facultada para actuar dentro de él, sino que decidieron adoptar una medida cuya significación y efectos se situaran fuera de ese ordenamiento.

La Corte observa que esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que los autores de la declaración se comprometieron a cumplir las obligaciones internacionales de Kosovo, en particular las contraídas en su nombre por la UNMIK (DUI, párr. 9), y declararon expresa y solemnemente que Kosovo quedaba obligado ante terceros Estados en virtud de los compromisos asumidos en la declaración (DUI., párr. 12). En cambio, con arreglo al régimen del Marco Constitucional, todas las cuestiones relativas a la gestión de las

relaciones exteriores de Kosovo eran competencia exclusiva del Representante Especial del Secretario General.

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

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

Cabe señalar también que la DUI no se remitió al Representante Especial del Secretario General para su publicación en el Boletín Oficial. La Corte observa que la reacción del Representante Especial del Secretario General ante la declaración de independencia también tiene su importancia. El Marco Constitucional le atribuía la facultad de supervisar y, en determinadas circunstancias, anular los actos de las instituciones provisionales de autogobierno.

El silencio del Representante Especial del Secretario General ante la DUI de 17 de febrero de 2008 sugiere que este no consideraba que la declaración fuera un acto de las instituciones provisionales de autogobierno destinado a surtir efecto en el ordenamiento jurídico de cuya supervisión era responsable. Como muestra la práctica, su obligación habría sido actuar contra los actos de la Asamblea de Kosovo que considerara ultra vires. La Corte reconoce que, en el informe del Secretario General sobre la UNMIK, presentado al Consejo de Seguridad el 28 de marzo de 2008, se señalaba que “en una sesión ... la Asamblea de Kosovo aprobó una declaración de independencia en que se declaraba que Kosovo era un Estado independiente y soberano” (S/2008/211, párr. 3). Se trataba del informe periódico ordinario sobre las actividades de la UNMIK, cuya finalidad era informar al Consejo de Seguridad de la evolución de la situación en Kosovo y no realizar un análisis jurídico de la declaración o de la calidad en que habían actuado quienes la habían aprobado.

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

b) Conformidad de la actuación de los autores de la DUI con la Resolución 1244 (1999) o las medidas adoptadas al amparo de esta (párr. 110-121)

En primer lugar, la Corte observa que el objetivo esencial de la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad era crear un régimen provisional para Kosovo con miras a encauzar el proceso político a largo plazo para establecer

su estatuto definitivo. La resolución no contenía ninguna disposición que se ocupara del estatuto definitivo de Kosovo o de las condiciones para alcanzarlo.

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

En cambio, del tenor de la Resolución 1244 (1999) se desprende que el Consejo de Seguridad no se reservó la decisión definitiva sobre la situación en Kosovo y que guardó silencio sobre las condiciones para el estatuto definitivo de Kosovo. Así pues, la Resolución 1244 (1999) no impedía la adopción de la DUI de 17 de febrero de 2008 porque ambos instrumentos operaban a distinto nivel: a diferencia de la Resolución 1244 (1999), la declaración de independencia era un intento de fijar de manera definitiva el estatuto de Kosovo.

En segundo lugar, por lo que respecta a la cuestión de los destinatarios de la Resolución 1244 (1999), como ya se indicó, dicha resolución establece un marco general para “desplegar en Kosovo, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, presencias internacionales, una civil y otra de seguridad” (párr. 5). Su principal objetivo es imponer obligaciones y conferir autorizaciones a los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a órganos de las Naciones Unidas como el Secretario General y su Representante Especial (véanse en particular los párrafos 3, 5, 6, 7, 9, 10 y 11 de la Resolución). No hay nada en el texto de la Resolución 1244 (1999) que indique que el Consejo de Seguridad tuviera la intención de imponer, además, una obligación específica de actuar o una prohibición de actuar dirigida a esos otros agentes. La Corte recuerda a este respecto que no es infrecuente que el Consejo de Seguridad formule exigencias a agentes distintos de los Estados Miembros de las Naciones

Unidas y las organizaciones intergubernamentales. Más concretamente, en varias resoluciones del Consejo de Seguridad sobre Kosovo aprobadas antes de la Resolución 1244 (1999) figuraban exigencias destinadas eo nomine a los dirigentes albaneses de Kosovo.

La Corte subraya que en el texto de la Resolución 1244 (1999) no figuran referencias de esa índole a los dirigentes albaneses de Kosovo o a otros agentes, pese a la referencia bastante general a “todos los interesados” (párr. 14). Al interpretar las resoluciones del Consejo de Seguridad, la Corte debe determinar, caso por caso y teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes, a quién pretendió imponer obligaciones jurídicas vinculantes el Consejo de Seguridad. Los términos empleados en la resolución pueden ser un indicio importante a ese respecto. El enfoque adoptado por la Corte en relación con el efecto vinculante de las resoluciones del Consejo de Seguridad en general también es pertinente, *mutatis mutandis*, en el presente caso. En este contexto, la Corte recuerda que ya ha declarado lo siguiente: “Antes de llegar a una conclusión sobre el efecto vinculante de una resolución del Consejo de Seguridad, debe analizarse atentamente su tenor. Habida cuenta de la naturaleza de las facultades derivadas del artículo 25, ha de determinarse en cada caso si estas se han ejercido realmente, teniendo en cuenta los términos de la Resolución que ha de interpretarse, los debates que condujeron a su aprobación, las disposiciones de la Carta invocadas y, en general, todas las circunstancias que puedan ayudar a determinar las consecuencias jurídicas de la resolución del Consejo de Seguridad.”¹¹²

Teniendo esto presente, la Corte no puede aceptar el argumento según el cual la Resolución 1244 (1999) contiene una prohibición de proclamar la

¹¹² Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), a pesar de lo dispuesto en la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 114.

independencia vinculante para los autores de la DUI; tampoco cabe inferir tal prohibición de los términos de la Resolución, interpretados en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin. El tenor de la Resolución 1244 (1999) a este respecto es, en el mejor de los casos, ambiguo. El objeto y fin de la resolución, como ya se explicó en detalle, es establecer una administración provisional para Kosovo sin adoptar ninguna decisión definitiva sobre las cuestiones relativas al estatuto definitivo. El texto de la resolución explica que “entre las principales responsabilidades de la presencia internacional civil [figura] ... organizar y supervisar el desarrollo de instituciones provisionales de autogobierno democrático y autónomo hasta que se llegue a una solución política” (párr. 11 c) de la Resolución).

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

Pasando a examinar si la DUI violó el Marco Constitucional establecido bajo los auspicios de la UNMIK, la Corte recuerda que ya justificó que la DUI de 17 de febrero de 2008 no fue adoptada por las instituciones provisionales de autogobierno, y que tampoco era un acto destinado a surtir efectos, o que los surtiera realmente, en el ordenamiento jurídico en que operaban esas instituciones provisionales. De ello se desprende que los autores de la DUI 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 DUI tampoco vulneró el Marco Constitucional.

c) Conclusión general

Una vez finalizado el análisis de todos los elementos en juego, la Corte resume aquello que considera una conclusión fundamentada, a saber: “que la aprobación de la DUI de 17 de febrero de 2008 no vulneró el Derecho internacional general; que la DUI no vulneró la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y que la DUI no vulneró el Marco Constitucional”. Por último, establecidas todas las premisas anteriores, formula su conclusión general y definitiva: “en consecuencia, la aprobación de esa declaración no vulneró ninguna norma aplicable del Derecho internacional”¹¹³.

¹¹³ OPINIÓN CONSULTIVA, párrafo 122.

6.3. Opiniones de los jueces discrepantes

6.3.1. Opinión disidente del vicepresidente Tomka

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

En primer lugar, entiende que el Consejo de Seguridad es el órgano facultado para hacer una determinación acerca de si un acto adoptado por las instituciones de Kosovo, que fue colocado en un régimen de administración territorial internacional, se ajusta o no al marco jurídico aplicable a dicho régimen y rector de él. Ahora bien, el Consejo de Seguridad no ha hecho tal determinación y su silencio no se puede interpretar como si implicara la aprobación tácita de la DUI adoptada el 17 de febrero de 2008, o la aquiescencia a dicha declaración. Sin embargo, la solicitud de Opinión consultiva fue dirigida a la Corte por la Asamblea General. El Vicepresidente considera que el párrafo 1 del Artículo 12, de la Carta impide que la Asamblea General haga recomendación alguna con respecto al estatuto de Kosovo, al no lograr percibir un “interés suficiente” de la Asamblea para solicitar la opinión de la Corte. Considera que la respuesta dada por la mayoría a la cuestión planteada por la Asamblea General prejuzga la determinación, que aún no ha hecho el Consejo de Seguridad, acerca de la conformidad o no de la declaración con la Resolución 1244 (1999) y el régimen internacional de administración territorial establecido al amparo de ella.

En lo que respecta a la cuestión propiamente dicha, Tomka considera que está claramente formulada y es suficientemente estrecha y específica como para no justificar ajuste alguno. Explica que a su juicio la conclusión de la Corte, de que los autores de la DUI no actuaron como una de las instituciones provisionales de autogobierno, no tiene una base sólida en los hechos relacionados con la adopción de la declaración. Tras enumerar una serie de hechos y declaraciones formuladas por las partes pertinentes en relación con la DUI de 17 de febrero de 2008, llega a la conclusión de que la Asamblea de Kosovo, integrada por sus miembros, el Presidente de Kosovo y su Gobierno, encabezado por el Primer Ministro, constituían, el 17 de febrero de 2008, las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo y en conjunto emitieron la declaración. Por consiguiente, según él, la cuestión estaba correctamente formulada en la solicitud de la Asamblea General y no había razón alguna para “ajustarla” y posteriormente modificar el propio título de la causa.

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

Afirma que la noción de una “solución definitiva” solo puede significar que la resolución de la controversia entre las partes interesadas sea por un acuerdo a

que se llegue entre ellas o por una decisión de un órgano dotado de competencia para hacerlo. Rechaza que la noción de una solución se pueda compatibilizar con la adopción unilateral de medidas por una de las partes dirigidas a resolver la controversia contra la voluntad de la otra. Pasando a las negociaciones sobre la determinación del estatuto futuro de Kosovo, que no condujeron a ningún acuerdo, pone en duda que las partes negociaran de buena fe porque, como la Corte observó en varios casos anteriores, negociar de buena fe significa que las partes tienen obligación de entablar negociaciones con miras a llegar un acuerdo, y no simplemente llevar a cabo un proceso formal de negociación; y que tienen la obligación de comportarse de modo que las negociaciones sean significativas, cosa que no ocurrirá cuando cualquiera de ellas insista en su propia posición sin contemplar ninguna modificación de ella. Observando que la propuesta de independencia supervisada hecha por el Enviado Especial Martti Ahtisaari no fue aprobada por el Consejo de Seguridad, a su juicio el único órgano de las Naciones Unidas competente para hacerlo, considera que la declaración de independencia de Kosovo ha sido una forma de poner en práctica, en la medida de lo posible, el plan Ahtisaari que no había sido aprobado.

Por último, el vicepresidente recuerda que, en ocasiones anteriores (2002, 2003 y 2005), el Representante Especial no vaciló, en ejercicio de su función de supervisión, en declarar nula e inválida una medida de una de las instituciones provisionales a la que considerase fuera de los poderes de dicha institución (*ultra vires*). Considera que la opinión consultiva no brinda ninguna explicación de por qué actos que se consideraban fuera de las competencias de las instituciones provisionales en el período 2002-2005, ya no tendrían ese carácter en 2008, a pesar de que las disposiciones del Marco Constitucional sobre las competencias de dichas instituciones no habían sido enmendadas y en febrero de 2008 seguían siendo las mismas que en 2005.

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

6.3.2. Opinión disidente del magistrado Koroma

En su opinión disidente, el Magistrado Koroma afirma que no puede concordar con la conclusión de que “la DUI de Kosovo adoptada el 17 de febrero de 2008 no violó el Derecho internacional”.

En opinión de Koroma, la Corte, al ejercer su competencia consultiva, está facultada para reformular o interpretar una cuestión que se le ha planteado, pero no tiene libertad para reemplazar la cuestión que se le ha planteado con su propia cuestión y luego dar respuesta a esta cuestión, que es lo que la Corte ha hecho en la presente causa. Koroma explica que la Corte, así como su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, ha reformulado en ocasiones anteriores la cuestión que se le ha planteado en una solicitud de una opinión consultiva en un esfuerzo por hacer que dicha cuestión correspondiera más estrechamente a la intención de la institución que solicitaba la opinión consultiva, pero que nunca antes ha reformulado una cuestión en tal grado que el resultado fuera una cuestión completamente nueva, claramente distinta de la cuestión original planteada. Koroma llega a la conclusión de que esto es lo que ha hecho la Corte en la presente causa cuando, sin reformular explícitamente la cuestión, concluye que los autores de la DUI fueron distintos de las

instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo y que, por consiguiente, la respuesta a la cuestión debía elaborarse sobre la base de esa presunción.

Pasando a la respuesta de la Corte, Koroma afirma, en primer lugar, que la conclusión de que la DUI de 17 de febrero de 2008 fue hecha por un órgano distinto de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo y por consiguiente no violó el Derecho Internacional es jurídicamente insostenible, porque se basa en la percepción de la Corte acerca de la intención de dichos autores. Koroma subraya que el Derecho internacional positivo no reconoce ni consagra el derecho de los grupos étnicos, lingüísticos o religiosos de separarse del territorio de un Estado del que forman parte, sin el consentimiento de dicho Estado, simplemente expresando su deseo de hacerlo, especialmente en el presente caso en que es aplicable la Resolución 1244 (1999). Advierte que aceptar lo contrario y permitir que cualquier grupo étnico, lingüístico o religioso declare la independencia y se separe del territorio del Estado del que forma parte, fuera del contexto de la descolonización, crea un precedente muy peligroso, equivalente a nada menos que anunciar a todos los grupos disidentes en todo el mundo y a cada uno de ellos que tienen libertad para eludir al Derecho internacional simplemente actuando de determinada manera y redactando hábilmente una declaración unilateral de independencia, utilizando determinados términos. En opinión de Koroma, en lugar de llegar a una conclusión sobre la identidad de los autores de la DUI sobre la base de su intención subjetiva, la Corte debería haber examinado la intención de los Estados y, en particular, la intención del Consejo de Seguridad en la Resolución 1244 (1999).

Koroma sostiene que la Resolución 1244 (1999) constituye la base jurídica para la creación de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo y que, por consiguiente, la Corte tiene ante todo que aplicar la Resolución 1244

(1999) al asunto que tiene ante sí como *lex specialis*. Así pues, a la vista de la Resolución, concluye que la DUI es ilegítima por varias razones. En primer lugar, esta resolución dispone que haya un arreglo negociado, lo que significa el acuerdo de todas las partes interesadas con respecto al estatuto definitivo de Kosovo, cosa que los autores de la DUI han eludido. En segundo lugar, la DUI viola la disposición de la resolución mencionada que prevé que se llegue a una solución política sobre la base del respeto de la integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia y la autonomía de Kosovo. Además, la DUI es un intento de poner fin a la presencia internacional en Kosovo establecida por la Resolución 1244 (1999), un resultado que solo podría ser dispuesto por el propio Consejo de Seguridad. Koroma se basa en el preámbulo y los párrafos dispositivos 1, 2, 10 y 11 de la Resolución; en otros instrumentos, incluidos sus anexos 1 y 2; el Acta Final de Helsinki y los acuerdos de Rambouillet. También examina las posiciones adoptadas por varios Estados con respecto a la Resolución. Koroma también observa que la DUI ha violado normas legislativas derivadas promulgadas en virtud de la Resolución, en particular el Marco Constitucional y otros reglamentos de la UNMIK. Le sorprende que la mayoría pretenda justificar esta realidad acudiendo a una especie de prestidigitación judicial, según la cual los autores de la DUI no estaban actuando en calidad de instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo sino en calidad de representantes directos del pueblo de Kosovo y por lo tanto no estaban sometidos al Marco Constitucional y a los Reglamentos de la UNMIK.

A continuación, Koroma examina la conformidad de la DUI con el Derecho internacional general y concluye que violó el principio de respeto de la soberanía e integridad territorial de los Estados, que entraña la obligación de respetar la definición, la delineación y la integridad territorial de un Estado existente. En su análisis, cita el párrafo 4 del Artículo 2, de la Carta de las

Naciones Unidas y la Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Por último, hace referencia a la conclusión de la Corte Suprema del Canadá de que “el Derecho internacional no otorga específicamente a las partes componentes de Estados soberanos el derecho legal de separarse [en inglés, “secede”] unilateralmente de su Estado ‘paterno’ [en inglés, “parent State]”. Aun cuando Koroma opina que la Corte respondió correctamente a la cuestión que se le planteó, subraya que la cuestión que la Corte debía resolver ahora le brindaba la oportunidad de completar el cuadro pintado parcialmente por la Corte Suprema del Canadá. En particular, esta Corte debería haber dejado en claro que el Derecho internacional aplicable en la causa actual contiene normas y principios que impiden explícitamente la declaración de independencia. Así pues, Koroma concluye que la Corte debería haber determinado que la DUI de 17 de febrero de 2008, formulada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo, no se ajusta al Derecho internacional.

6.3.3. Opinión disidente del Magistrado Bennouna

En opinión de Bennouna, la Corte debería comenzar por examinar primero la *lex specialis* aplicable (es decir, el Derecho de las Naciones Unidas) antes de considerar si la DUI se ajusta al Derecho internacional general. La Corte ha optado, en cambio, por examinar “la licitud de las declaraciones de independencia en el Derecho internacional general” (opinión consultiva, párrafo 78). Sin embargo, la Asamblea General no pidió a la Corte que opinara en abstracto sobre las declaraciones de independencia en general sino sobre una declaración específica adoptada en un contexto particular — el de un territorio que el Consejo ha colocado bajo administración de las Naciones Unidas— y

ello en un momento en que la Resolución 1244 (1999) estaba en vigor, y sigue estando en vigor.

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

El Magistrado Bennouna estima que ninguna declaración unilateral que afecte al estatuto futuro de Kosovo, cualesquiera sean la forma de la declaración o las intenciones de sus autores, tiene validez jurídica mientras no haya sido aprobada por el Consejo de Seguridad. Contrariamente a lo que implica la Corte, no es suficiente que los autores simplemente den un paso hacia afuera de los límites del derecho para dejar de estar sometidos a él. Recuerda que el Consejo de Seguridad se vio impedido, por falta de acuerdo entre sus miembros permanentes, de tomar una decisión sobre la cuestión de Kosovo

después de recibir el informe Ahtisaari en marzo de 2007. Y, como suele ocurrir dentro de las Naciones Unidas, ese estancamiento en el Consejo tuvo un efecto reflejo sobre el Secretario General, encargado de hacer cumplir sus decisiones, y su Representante Especial. Sin embargo, un estancamiento en el Consejo de Seguridad no libera a las partes en una controversia de sus obligaciones, ni, como consecuencia, a los miembros de la Asamblea de Kosovo de su deber de respetar el Marco Constitucional y la Resolución 1244 (1999). Si ocurriera tal cosa, resultaría socavada la credibilidad del sistema de seguridad colectiva establecido por la Carta de las Naciones Unidas. De hecho, ello dejaría que las partes en una controversia se enfrentaran mutuamente, quedando cada una de ellas en libertad de aplicar unilateralmente su propia posición. Y en teoría la otra parte, Serbia, podía haberse fundado en el estancamiento para alegar que tenía justificación para ejercer soberanía de manera plena y efectiva sobre Kosovo en defensa de la integridad de su territorio.

Así pues, la UNMIK adoptó el Marco Constitucional y estableció la administración provisional sobre la base del mandato que había recibido del Consejo de Seguridad en la Resolución 1244 (1999). Por consiguiente, una violación del Marco Constitucional entraña una simultánea violación de la resolución del Consejo de Seguridad, que es vinculante para todos los Estados y los actores no estatales en Kosovo como resultado de que el territorio fue puesto bajo administración de las Naciones Unidas. Bennouna opina que, siendo así, es difícil entender cómo la Corte pudo determinar que “la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad no impedía que los autores de la declaración de 17 de febrero de 2008 emitieran una declaración de independencia de la República de Serbia” (OPINIÓN CONSULTIVA, párrafo 119). El Magistrado considera que sí establece tal impedimento, por lo menos por dos motivos: porque la declaración no está dentro del Marco Constitucional

establecido en virtud del mandato dado a la UNMIK en la resolución, y porque la declaración es unilateral, mientras que el estatuto definitivo de Kosovo debe ser aprobado por el Consejo de Seguridad.

En opinión de Bennouna, no importa si los autores de la declaración de independencia han de considerarse miembros de la Asamblea de Kosovo o no; bajo ninguna circunstancia estaban facultados para adoptar una DUI que contraviniese el Marco Constitucional y la Resolución 1244 (1999) por ser contraria al régimen jurídico de administración de Kosovo establecido por las Naciones Unidas.

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

6.3.4. Opinión disidente del Magistrado Skotnikov

El Magistrado Skotnikov estima que la Corte debería haber usado su discrecionalidad para abstenerse de ejercer su competencia consultiva en las circunstancias bastante peculiares de la presente causa. Nunca antes se había visto la Corte confrontada con una cuestión planteada por un órgano de las Naciones Unidas, cuya respuesta depende totalmente de la interpretación de una decisión tomada por otro órgano de las Naciones Unidas. Lo que hace que

la presente causa sea aún más anómala es el hecho de que ese otro órgano es el Consejo de Seguridad, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. En realidad, a fin de dar una respuesta a la Asamblea General, la Corte tiene que hacer una determinación acerca de si la DUI configura una violación del régimen establecido para Kosovo por el Consejo de Seguridad en su Resolución 1244 (1999) o no. El propio Consejo de Seguridad se ha abstenido de hacer tal determinación. El Consejo tampoco ha solicitado el asesoramiento de la Corte sobre el tema. Esa es la posición actualmente adoptada por el Consejo sobre la cuestión de la declaración unilateral de independencia.

Las resoluciones del Consejo de Seguridad son decisiones políticas. Por consiguiente, la determinación de la conformidad de determinado acontecimiento, como la promulgación de la DUI en la presente causa, con una resolución del Consejo de Seguridad es en gran medida de carácter político. Ello significa que, incluso si una determinación hecha por la Corte fuera correcta en sentido puramente jurídico (cosa que no ocurre en la presente causa), puede ser que aún no sea la determinación acertada desde la perspectiva política del Consejo de Seguridad. Cuando la Corte hace una determinación acerca de la compatibilidad de la declaración unilateral de independencia con la Resolución 1244 (1999) —una determinación fundamental para el régimen establecido para Kosovo por el Consejo de Seguridad— sin una solicitud del Consejo, está sustituyendo al Consejo de Seguridad.

Skotnikov subraya que los Miembros de las Naciones Unidas han conferido distintas responsabilidades a la Asamblea General, al Consejo de Seguridad y a la Corte Internacional de Justicia y han puesto límites a la competencia de cada uno de esos órganos principales. La Corte —a la vez como órgano

principal de las Naciones Unidas y como órgano judicial— debe poner mucho cuidado a fin de no alterar el equilibrio entre esos tres órganos principales, tal como ha sido establecido por la Carta y el Estatuto. Al no abordar adecuadamente la cuestión de si era judicialmente prudente dar una respuesta a la presente solicitud, la Corte ha incumplido ese deber. Por consiguiente, la decisión de la Corte de responder a la cuestión es tan errónea como lamentable.

En lo que respecta al intento de la mayoría de interpretar la Resolución 1244 (1999) en congruencia con la DUI, Skotnikov señala que, lamentablemente, en ese proceso, la mayoría ha sacado algunas conclusiones que simplemente no pueden ser acertadas. Una de ellas es la determinación de que la Resolución 1244 (1999), que tenía el objetivo general de lograr “una solución política de la crisis de Kosovo” (Resolución, párrafo 1), no establecía obligaciones vinculantes para los dirigentes albaneses de Kosovo (véase la opinión consultiva, párrafos 117 y 118). El Consejo de Seguridad no puede ser acusado de tal omisión, que habría hecho que todo el proceso iniciado por la Resolución 1244 (1999) se volviera irrealizable.

No menos sorprendente es la determinación de la Corte de que “un proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo, teniendo en cuenta los acuerdos de Rambouillet” previsto en la Resolución 1244 (1999) (párrafo 11 e)), puede ser terminado por una medida unilateral adoptada por los dirigentes albaneses de Kosovo (opinión consultiva, párrafos 117 y 118). En otras palabras, el Consejo de Seguridad, en opinión de la mayoría, ha creado en el régimen que estableció con arreglo a la Resolución 1244 (1999) una gigantesca brecha normativa que permitiría llegar a una “solución política” unilateral de la cuestión del estatuto definitivo. Un enfoque de esa índole, si realmente lo hubiera adoptado el Consejo, habría privado de sentido a

cualquier negociación sobre el estatuto definitivo. Obviamente, eso no era lo que se proponía el Consejo de Seguridad cuando aprobó y puso en práctica la resolución 1244 (1999).

Por último, la mayoría permite que los autores de la DUI eludan la aplicación del Marco Constitucional creado en virtud de la resolución 1244 (1999), simplemente fundándose en la alegación de que actuaron fuera de dicho Marco: “la Corte considera que los autores de dicha declaración no actuaron, ni tuvieron la intención de actuar, en calidad de institución creada por ese orden jurídico [establecido para la fase provisional] y facultada para actuar dentro de él, sino que se propusieron adoptar una medida [la declaración unilateral de independencia] cuyo significado y cuyos efectos estarían fuera de aquel orden” (OPINIÓN CONSULTIVA, párrafo 105). Lamentablemente, la mayoría no explica la diferencia entre actuar fuera del orden jurídico y violarlo. Skotnikov opina que la versión que da la mayoría acerca de la Resolución 1244 (1999) es insostenible. Además, el tratamiento que da la Corte a una decisión del Consejo de Seguridad adoptada en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas demuestra que la Corte ha incumplido sus propias responsabilidades en el mantenimiento de la paz y la seguridad con arreglo a la Carta y al Estatuto de la Corte.

En conclusión, el Magistrado Skotnikov señala que el significado y el alcance de la opinión consultiva son tan estrechos y específicos como la cuestión a la que responden. La opinión no examina las consecuencias jurídicas de la DUI. No se pronuncia sobre el estatuto definitivo de Kosovo. La Corte deja claro que “no considera que sea necesario abordar cuestiones tales como si la declaración ha determinado la creación de un Estado o no, o la condición de los actos de reconocimiento, a fin de dar respuesta a la cuestión planteada por la Asamblea General” (opinión consultiva, párrafo 51). La Corte también señala

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

La opinión consultiva no cuestiona en modo alguno que la resolución 1244 (1999) permanece en vigor en su totalidad (véanse los párrafos 91 y 92 de la opinión consultiva). Ello significa que el “proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo” previsto en dicha resolución (párr. 11 e)) aún no ha concluido y que el Consejo de Seguridad aún no ha aprobado una solución sobre el estatuto definitivo.

6.4. Opiniones separadas (parcialmente disidentes) de otros magistrados

Aquí recogemos las opiniones de aquellos magistrados que, pese a votar con la mayoría, exponen sus puntos de discrepancia con la redacción final de la Opinión consultiva.

6.4.1. Opinión separada del Magistrado Keith

En su opinión separada, el Magistrado Keith explica por qué considera que la Corte debería haberse valido de su discrecionalidad para negarse a responder a la cuestión que le planteó la Asamblea General. Dice que hay buenos motivos para que el Estatuto de la Corte reconozca que esta tiene discrecionalidad para decidir si responde a una solicitud. La Corte, al ejercerla, considera tanto su carácter de órgano principal de las Naciones Unidas como su carácter de órgano judicial. En lo tocante al primer aspecto, la Corte declaró desde los primeros tiempos que el ejercicio de su competencia consultiva representa su participación en las actividades de la Organización y, en

principio, no debería negarse. Posteriormente la Corte declaró que tendría que haber “razones imperiosas” para justificar una negativa. Si bien el mantenimiento de su integridad como órgano judicial ha sido hasta la fecha la razón para negarse que la Corte ha destacado, no ha dicho nunca que sea el único factor que podría determinarla a negarse. Por lo tanto, también puede haber otras consideraciones, entre ellas, el interés del órgano solicitante y los intereses relativos de otro órgano de las Naciones Unidas.

Keith estima que la cuestión del interés es crucial en la presente causa. Pregunta si en ella la solicitud debería haber provenido del Consejo de Seguridad y no de la Asamblea General y si por esa razón la Corte debía negarse a responder a la cuestión. Por consiguiente, examina con algún detalle los hechos relacionados con esta solicitud en particular y los intereses relativos de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad. Al término de ese examen llega a la siguiente conclusión respecto de los intereses relativos de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad en el asunto sometido a la Corte por la Asamblea: la Resolución 1244 (1999), el papel del Consejo con arreglo a ella y el papel de su órgano subsidiario, la UNMIK, son el objeto mismo de la indagación acerca de la conformidad de la declaración de independencia con la *lex specialis* en el presente caso —la resolución y las acciones llevadas a cabo con arreglo a ella. La resolución, aprobada en virtud del Capítulo VII de la Carta y dotada de fuerza obligatoria, estableció una administración internacional territorial provisional con plenos poderes internos que sustituyó durante su existencia la autoridad de la República Federativa de Yugoslavia, que seguía siendo soberana. En contraste, el único papel dispositivo de la Asamblea a partir de junio de 1999 y de la introducción de ese régimen ha sido el de aprobar el presupuesto de la Misión.

Seguidamente, Keith examina la jurisprudencia de la Corte y en particular la razón crítica de su reconocimiento de que, en su calidad de órgano principal de las Naciones Unidas, debe en principio responder a las solicitudes de opiniones. En los casos decididos en los últimos 50 años la Corte ha acompañado ordinariamente ese reconocimiento con una indicación del interés que el órgano solicitante tenía para solicitar una opinión de la Corte. En el caso de cada una de las demás solicitudes formuladas por la Asamblea General o el Consejo de Seguridad, su interés ha sido manifiesto y no era necesario que se enunciara expresamente en la solicitud ni que se refirieran a él los participantes en el procedimiento o la Corte. En su opinión consultiva de 2004, la Corte dijo lo siguiente: “Como se desprende de la jurisprudencia de la Corte, las opiniones consultivas tienen la finalidad de proporcionar a los órganos solicitantes los elementos de derecho necesarios para sus actividades.”

Si bien la Corte ha dejado en claro que no evaluará los motivos del órgano solicitante, en la práctica sí determina, en caso de que el punto se plantee, si el órgano solicitante tiene o afirma tener un interés suficiente en el objeto de la solicitud. En ausencia de tal interés, no está presente el fin de suministrar al órgano solicitante los elementos de derecho que necesita para sus actividades. Consiguientemente, no existe la razón para que la Corte coopere y desaparece lo que a veces se denomina su deber de responder.

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

discrecionalidad y haberse negado a responder a la cuestión que le planteó la Asamblea General. No se entendió que esta conclusión resultara afectada por las que causas en que se fundó la Corte en este contexto. En todas ellas, tanto la Asamblea General como el Consejo de Seguridad tenían un interés real y ninguna se refería a nada comparable al régimen de administración internacional territorial introducido por la resolución 1244 (1999) del Consejo. Como lo indica su voto, Keith está de acuerdo con la decisión sustantiva adoptada por la Corte, esencialmente por las razones que ella ha dado.

6.4.2. Opinión separada del Magistrado Sepúlveda-Amor

Sepúlveda-Amor considera que no hay razones imperiosas para abstenerse de ejercer competencia con respecto a la solicitud de la Asamblea General. Además, en su opinión, la Corte, en virtud de sus responsabilidades en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, tiene el deber de ejercer su función consultiva con respecto a cuestiones jurídicas que se refieren a situaciones previstas en el Capítulo VII.

Sepúlveda-Amor no puede estar de acuerdo con las conclusiones de la Corte respecto de los autores de la DUI. En su opinión, la declaración fue, efectivamente, adoptada por la Asamblea de Kosovo como una de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo, y no por “personas que actuaban en conjunto en su calidad de representantes del pueblo de Kosovo fuera del marco de la administración provisional”. En consecuencia, la Corte debería haber procedido a apreciar la ilegalidad de dicha declaración por referencia a la Resolución 1244 (1999) y al Marco Constitucional.

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

6.4.3. Declaración del Magistrado Simma

El Magistrado Simma concuerda con la Corte en la gran mayoría de sus argumentos, pero cuestiona lo que considera el carácter innecesariamente limitado de su análisis. Simma entiende que, como la opinión consultiva interpreta la solicitud de la Asamblea General en el sentido de que solo pide una evaluación de si la DUI de Kosovo fue o no adoptada en violación del Derecho internacional, la opinión no solo hace caso omiso del claro tenor literal de la solicitud misma, en la que se pregunta si la declaración de independencia “se ajustó al Derecho internacional”, sino que también excluye toda consideración de si el Derecho internacional puede específicamente permitir o aún prever un derecho a declarar la independencia cuando se han reunido determinadas condiciones. Para Simma ese enfoque es inquietante a la luz de la conclusión general de la Corte de que la declaración de independencia “no violó el Derecho internacional”. A su juicio, el fundamento subyacente del enfoque de la Corte de que, en relación con un acto específico, no es necesario demostrar una norma permisiva mientras no exista una prohibición, es obsoleto. Justifica su posición por dos razones.

En primer lugar, al limitar indebidamente el alcance de su análisis, la Corte no ha dado respuesta de manera satisfactoria a la cuestión que se le planteó.

Tanto las normas prohibitivas como las normas permisivas de Derecho internacional deberían haber sido objeto de un tratamiento más completo. En segundo lugar, Simma considera que el enfoque de la Corte refleja una visión anacrónica y sumamente consensualista del Derecho internacional anclado en el principio de la causa del Lotus elaborado por la Corte Permanente hace más de 80 años. Para Simma, la Corte también podía haber considerado la posibilidad de que el Derecho internacional fuera neutral o se mantuviese deliberadamente en silencio acerca de la legitimidad internacional de determinados actos.

Simma recuerda, en primer lugar, la formulación de la solicitud de la Asamblea General, en la que se preguntaba si la declaración de independencia de Kosovo “se ajust[aba] al Derecho internacional”. Considera que se trata de una formulación neutral que deliberadamente no pregunta acerca de la existencia de una norma prohibitiva o permisiva en Derecho internacional, toda vez que la expresión “se ajusta al” es amplia por definición. Aun cuando Simma reconoce que la solicitud no está redactada del mismo modo que la cuestión planteada a la Corte Suprema del Canadá (en la que se preguntaba acerca de un “derecho a llevar a cabo la secesión”: véase la opinión consultiva, párrafo 55), sostiene que esa diferencia no justifica la determinación de la Corte de que la expresión “se ajusta al” debe entenderse como inquiriendo exclusivamente si hay una norma prohibitiva, y de que, si no la hay, la declaración de independencia se ajusta ipso facto al Derecho internacional.

Simma considera que con un enfoque más amplio se habrían podido considerar mejor a los argumentos invocados por muchos de los participantes, incluidos los autores de la declaración de independencia, en relación con el derecho a la libre determinación y la cuestión de la “secesión correctiva”. Considera que esos argumentos son importantes en lo tocante a la resolución

de la controversia general en Kosovo y a la consideración integral de todos los aspectos de la conformidad con el Derecho internacional de la DUI. Además, sostiene que la consideración de esos puntos queda exactamente dentro del alcance de la cuestión tal como la entendían, entre varios participantes, los propios kosovares, que hicieron referencia a un derecho a la libre determinación externa fundado en la libre determinación y la “secesión correctiva” como pueblo.

Simma cree que la solicitud de la Asamblea General merecía una respuesta más comprensiva, que habría podido comprender un análisis más profundo de si el principio de libre determinación o alguna otra norma (tal vez mencionando expresamente a la secesión correctiva) permite, o incluso justifica, la independencia (por vía de secesión) de determinados pueblos/territorios. Una vez dicho lo que antecede, no examina los argumentos de los participantes in extenso y se limita simplemente a declarar que la Corte podía haber emitido una opinión más satisfactoria desde el punto de vista intelectual, y con mayor relevancia en lo tocante al orden jurídico internacional tal como ha ido evolucionado hasta su forma actual, si no hubiese interpretado el alcance de la cuestión tan restrictivamente.

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

categoría de actos que no están ni prohibidos ni permitidos. En su opinión, al leer la cuestión planteada por la Asamblea General tal como lo hizo, la Corte se privó de la posibilidad de hacer una averiguación de la condición precisa de una declaración de independencia en Derecho internacional. Expresa la preocupación de que la estrechez del enfoque de la Corte pueda constituir, hacia el futuro, una debilidad para su capacidad de abordar las numerosas diferencias de matiz que permean el Derecho internacional.

Simma concluye afirmando que la Corte debería haber considerado la cuestión desde una perspectiva un poco más amplia y no limitarse simplemente a hacer un ejercicio de jurisprudencia mecánica. Estima que el hecho de que la Corte haya optado conscientemente por hacer aún más estrecho el alcance de la cuestión ha conllevado un método de razonamiento judicial que ha hecho caso omiso de algunas de las cuestiones más importantes relacionadas con el estatuto definitivo de Kosovo. En consecuencia, ese método ha reducido significativamente la calidad del asesoramiento brindado en esta opinión.

6.4.4. Opinión separada del Magistrado Yusuf

Aunque está en general de acuerdo con la opinión de la Corte, el Magistrado Yusuf adjunta una opinión separada en la que explica sus serias reservas con respecto a, en primer lugar, lo que considera una lectura restrictiva de la Corte de la cuestión planteada por la Asamblea General, y, en segundo lugar, la inclusión por la Corte del Marco Constitucional establecido bajo los auspicios de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK) en la categoría de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables con arreglo a los cuales debía apreciarse la conformidad de la DUI con el Derecho internacional.

En lo que respecta a la primera cuestión, Yusuf opina que la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General no solo se refería a si el Derecho Internacional aplicable prohibía la DUI como tal. Una declaración de independencia es la expresión de una pretensión de obtener separadamente la calidad de Estado. Desde el punto de vista jurídico, la cuestión también se refería a si el proceso por el cual el pueblo de Kosovo estaba tratando de establecer su propio Estado entrañaba una violación del Derecho internacional o no, o si dicho proceso podía considerarse compatible con el Derecho internacional en vista de la posible existencia de un derecho afirmativo que pudiera legitimarla.

Yusuf considera lamentable que la Corte haya decidido no abordar este importante aspecto de la cuestión, con lo cual dejó de aprovechar la oportunidad ofrecida por la solicitud de la Asamblea General para definir el alcance y el contenido normativo del derecho poscolonial a la libre determinación. El examen de la cuestión de la libre determinación y la aclaración de su aplicabilidad a este caso específico habría permitido a la Corte contribuir, entre otras cosas, a la prevención del mal uso de ese importante derecho por parte de grupos que promueven las divisiones étnicas y tribales dentro de Estados existentes.

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

Con respecto a la segunda cuestión, relativa a la naturaleza y la condición jurídicas del estatuto del Marco Constitucional para la administración provisional de Kosovo promulgado por el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas, Yusuf opina que los poderes legislativos de que está investido el Representante Especial no eran para la promulgación de normas y principios jurídicos internacionales, sino para legislar para Kosovo y establecer leyes y reglamentos aplicables exclusivamente en Kosovo. Según él, el Marco Constitucional, así como todos los demás reglamentos promulgados por el Representante Especial del Secretario General, forman parte de un sistema jurídico interno establecido sobre la base de una atribución de competencia derivada de un instrumento jurídico internacional. El hecho de que la fuente de autoridad sea internacional no significa que esos reglamentos reúnan los requisitos para formar parte del Derecho internacional. Como en su opinión el Marco Constitucional no forma parte del Derecho internacional, la Corte no debería haberlo tomado en consideración al evaluar la conformidad de la declaración de independencia de Kosovo con el Derecho internacional.

6.4.5. Opinión separada del magistrado Cançado Trindade

En su opinión separada, que se compone de 15 puntos, Cançado Trindade explica que ha concordado con las conclusiones finales de la Corte, sobre la base de un razonamiento distinto al de la Corte.

1. Para empezar, sienta las bases de su posición personal sobre el asunto, abordando las cuestiones preliminares de competencia y prudencia judicial, con la atención centrada en los aspectos humanitarios preponderantes del tema, y en su deber de ejercer su función consultiva, sin atribuir a la llamada

“discrecionalidad” judicial una dimensión que no tiene. Estima que la competencia de la Corte para emitir la presente opinión consultiva está establecida más allá de toda duda, sobre la base del párrafo 1 del Artículo 65 de su Estatuto e incumbe a la Corte, como dueña de su propia competencia, cerciorarse de que la solicitud de opinión consultiva proviene de un órgano dotado de competencia para formularla. La Asamblea General está autorizada por el párrafo 1 del Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas a solicitar una opinión consultiva de la Corte sobre “cualquier cuestión jurídica”.

2. La propia Corte ha señalado (en relación con la interpretación del Artículo 12 de la Carta de las Naciones Unidas), la “tendencia cada vez mayor” de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad a ocuparse “en forma paralela” de los mismos asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales: mientras el Consejo de Seguridad tiende a centrarse en los aspectos de dichas cuestiones que se relacionan con la paz y la seguridad internacionales, la Asamblea General adopta un enfoque más amplio y considera también sus aspectos humanitarios, sociales y económicos. Por otra parte, en su jurisprudencia constante, la Corte ha dejado en claro que no puede atribuir carácter político a una solicitud de opinión consultiva que la invita a realizar una “tarea esencialmente judicial” atinente al alcance de obligaciones impuestas por el Derecho internacional, a saber, una apreciación de “la legalidad de la posible conducta de los Estados” con respecto a obligaciones que les impone el Derecho internacional. Cuando aprobó, el 8 de octubre de 2008, la Resolución 63/3, por la que solicitó una opinión consultiva de la CIJ acerca de la declaración de independencia por las autoridades de Kosovo, la Asamblea General no actuó *ultra vires* con respecto al párrafo 1 del Artículo 12 de la Carta de las Naciones Unidas: estaba plenamente facultada para hacerlo, en el fiel ejercicio de sus funciones con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas.

3. Descarta, en secuencia, todos los argumentos basados en la llamada “discrecionalidad” judicial, observando que la función consultiva de la Corte no es una simple facultad, que pueda utilizar en uso de su libre discrecionalidad: es una función, en definitiva, de la mayor importancia para la comunidad internacional en su conjunto, del órgano judicial principal de las Naciones Unidas. La Corte, cuando conoce de un asunto, tiene el deber de desempeñar fielmente sus funciones judiciales, sea en asuntos consultivos o en causas contenciosas. Considera que nuestra edad es la edad de una atención constantemente creciente a los avances del estado de derecho en los planos nacional e internacional. La comunidad internacional espera que la Corte actúe a la altura de las elevadas responsabilidades que le incumben; incumbe a la Corte decir el derecho (*jurisdictio*) y debe pues emitir, como acaba de hacerlo, la opinión consultiva solicitada, cumpliendo así fielmente sus deberes como órgano judicial principal de las Naciones Unidas.

4. En la parte III de su opinión separada alude a los antecedentes de hecho y al contexto de la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General. A su entender, la Corte debería haber dedicado una atención mucho mayor que la que dedicó en la presente opinión consultiva al contexto fáctico —en particular los antecedentes de hecho— del asunto que le planteó la Asamblea General, centrándose particularmente en los aspectos humanitarios preponderantes. Después de todo, las declaraciones de independencia no se proclaman en un vacío social, y exigen que se tengan en cuenta por lo menos sus causas inmediatas, relativas a la trágica sucesión de hechos de la prolongada y grave crisis humanitaria de Kosovo, que culminó con la aprobación de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad.

5. Recuerda que esta cuestión, a la que asigna gran importancia, fue, después de todo, señalada reiteradamente a la atención de la Corte, en el curso del

presente procedimiento consultivo, por varios participantes, tanto en la fase escrita como en la oral. Añade que, en sucesivas ocasiones anteriores, bastante nítidamente, la CIJ consideró adecuado examinar detenidamente toda la gama de hechos que llevaron a las cuestiones llevadas a su conocimiento a los efectos de las opiniones consultivas solicitadas. Así pues, parece bastante extraño que, en la presente opinión consultiva, la Corte haya prestado apenas una breve y somera atención a los antecedentes de hecho de la cuestión que le planteó la Asamblea General a los efectos de la presente opinión consultiva.

6. Considera que la catástrofe humanitaria de Kosovo merece una detenida atención por parte de la Corte, a los efectos de la presente opinión consultiva. Opina que la Corte debería haber prestado una explícita atención a los antecedentes de hecho y al contexto general de la solicitud de que emitiera una opinión consultiva. Después de todo, la grave crisis humanitaria en Kosovo siguió siendo, a lo largo del decenio 1989-1999 (desde la revocación de la autonomía constitucionalmente garantizada de Kosovo en adelante), no solo una continua amenaza a la paz y la seguridad internacionales —hasta la aprobación de la Resolución 1244 (1999), que estableció la administración internacional del territorio por las Naciones Unidas— pero también una tragedia humana marcada por un saldo masivo de muertes, heridas graves de todo tipo y terrible sufrimiento de la población.

7. La Corte no debería haberse autolimitado, como lo hizo en la presente Opinión consultiva, a seleccionar solo los escasos hechos registrados e instantáneos de las circunstancias que rodearon a la DUI por las autoridades de Kosovo el 17 de febrero de 2008 y poco tiempo después, haciendo abstracción de sus antecedentes de hecho. Lamenta que esos antecedentes de hecho hayan sido en gran medida eludidos por la Corte, que pareció contentarse con concentrarse en los acontecimientos de 2008-2009, y solo se

refirió breve y elípticamente a esa crisis en Kosovo, sin dar explicación alguna de en qué consistía.

8. Sin embargo, añade, esa grave crisis humanitaria, tal como se desarrolló en Kosovo a lo largo del decenio de 1990, estuvo marcada por una prolongada pauta de sucesivos crímenes contra civiles, por graves violaciones del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos, y por el surgimiento de uno de los más horribles crímenes de nuestro tiempo, el de la depuración étnica. La privación de la autonomía de Kosovo (anteriormente garantizada por la Constitución de 1974) en 1989, abrió el camino para el ciclo de discriminación sistemática, violencia de máxima intensidad y atrocidades que, a lo largo de un decenio (1989-1999), victimizaron a grandes sectores de la población de Kosovo, llevando a la aprobación de una serie de resoluciones de los principales órganos políticos de las Naciones Unidas, que culminaron con la aprobación de la Resolución 1244 (1999) y, un decenio después, en la DUI de Kosovo.

9. Estima necesario insertar el asunto en cuestión en el marco más general del Derecho de las Naciones Unidas. Con tal fin, comienza (en la parte IV de su opinión separada) por recordar los antecedentes pertinentes vinculados con el advenimiento de las organizaciones internacionales, en su creciente atención a las necesidades y aspiraciones del “pueblo” o la “población” (en el sistema de mandatos de la Sociedad de las Naciones, en el sistema de administración fiduciaria de las Naciones Unidas y en los experimentos contemporáneos de administración territorial internacional por las Naciones Unidas). Tales experimentos, en la percepción de Cançado Trindade, muestran que las organizaciones internacionales han contribuido a un retorno al derecho de gentes y a un resurgimiento de su visión humanista, fiel a las enseñanzas de los “padres fundadores” del derecho de gentes.

10. Esa visión marcó su presencia en los anteriores experimentos del sistema de mandatos, en la Sociedad de las Naciones, y del sistema de administración fiduciaria, en las Naciones Unidas, como lo hace hoy en las iniciativas de administración internacional de territorios de las Naciones Unidas. En la reevaluación de Cançado Trindade, el elemento recurrente de la debida atención a las condiciones de vida del “pueblo” o la “población” brinda el denominador común, en una dimensión intertemporal, de los experimentos de los mandatos, los territorios fideicomitidos y la contemporánea administración internacional de territorios. Esas instituciones jurídicas, cada una de ellas producto de su tiempo, fueron concebidas y establecidas, en definitiva, para tener en cuenta las necesidades (incluso de protección) y las aspiraciones de los pueblos, de los seres humanos, y para dar respuesta a dichas necesidades y aspiraciones.

11. Cuando se examinaban esos experimentos se tomaban en cuenta otras consideraciones. El recurso a analogías de Derecho privado es una de ellas. Por ejemplo, la relación de los mandatos, la analogía con el *mandatum* original, un contrato consensual de Derecho romano; las raíces de las palabras inglesas “*trust*” y “*tutelage*” en la tutela de Derecho romano (una especie de tutela de los menores); la palabra inglesa *trust*, en cierta medida descendiente de los *fideicomissa* de Derecho romano (en las relaciones “fiduciarias”). En todo caso, por esos medios se creaba una nueva relación, en los sistemas de mandatos y de administración fiduciaria, sobre la base de la confianza (el “encargo sagrado”) y, en definitiva, de la conciencia humana. Lo que en definitiva comenzó a importar fue el bienestar y el desarrollo humano de la población, de los habitantes de los territorios bajo mandato y territorios fideicomitidos, en vez de la noción de soberanía territorial absoluta. Esos experimentos tenían la finalidad de dar protección jurídica a necesidades recientemente surgidas del

“pueblo” o la “población”, y el mandatario, tutor o fideicomisario tenía deberes y no derechos.

12. Al margen de esas analogías de Derecho privado, y mucho antes de ellas, estuvieron las enseñanzas de los llamados “padres fundadores” del derecho de gentes (*Law of Nations*), caracterizadas por su perspectiva esencialmente humanista, que Cançado Trindade apoya. Recuerda (en las partes V y VI de la presente opinión separada) que, desde las perspectivas histórica y deontológica, los pueblos asumieron una posición central ya en los primeros días del surgimiento del derecho de gentes (el derecho de gentes se emancipó de sus orígenes de Derecho privado). El derecho de gentes se inspiró originalmente en el principio de humanidad *lato sensu*, con un orden jurídico que obliga a todos (a los gobernados tanto como a los gobernantes); el derecho de gentes regula una comunidad internacional que está constituida por seres humanos socialmente organizados en Estados y abarca a toda la humanidad (F. Vitoria, *De Indis - Relectio Prior*, 1538-1539); así concebida, es únicamente el derecho lo que regula las relaciones entre miembros de la *societas gentium universal* (A. Gentili, *De Jure Belli*, 1598). Esta última (*totus orbis*) prevalece sobre la voluntad individual de cada Estado (F. Vitoria). Así pues, existe un derecho de gentes necesario, y el derecho de gentes revela la unidad y la universalidad de la humanidad (F. Suárez, *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612).

13. La razón de Estado tiene límites, y el Estado no es un fin en sí mismo, sino un medio para asegurar el orden social de conformidad con la recta razón (*recta ratio*), de modo de perfeccionar a la *societas gentium* que abarca a toda la humanidad (H. Grocio, *De Jure Belli ac Pacis*, 1625). El legislador está sujeto al Derecho natural de la razón humana (S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium*, 1672), y los individuos, en su asociación en el Estado, deben

promover conjuntamente el bien común (C. Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749). Desde luego, el mundo ha cambiado totalmente desde la época de esos escritos, pero las aspiraciones humanas han seguido siendo las mismas. El advenimiento, a lo largo del siglo XX, de las organizaciones internacionales, ha contribuido mucho a poner fin a los abusos contra los seres humanos, así como a las violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario. Las Naciones Unidas, en nuestra época, han procurado obtener la prevalencia de los dictados de la conciencia jurídica universal, especialmente cuando se proponen asegurar condiciones de vida dignas para todos los pueblos, en particular los que están sujetos a opresión.

14. La antigua Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) hizo su propia contribución al rescate de la “población” o el “pueblo” y algunos de sus ‘*obiter dicta*’ pertinentes al respecto parecen seguir estando dotados de contemporaneidad. Así pues, incluso mucho antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el principio fundamental de igualdad y no discriminación había obtenido reconocimiento judicial. La Declaración Universal colocó al principio en una dimensión más amplia, al tomar al individuo *qua individuo, qua ser humano*, independientemente de si es miembro de una minoría, o habitante de un territorio bajo el sistema de mandatos o, más tarde, bajo el sistema de administración fiduciaria. La Declaración Universal recordó en su preámbulo que “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad” (segundo párrafo). Y la Declaración Universal proclamó a continuación, en su artículo 1, que “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

15. A continuación, Cançado Trindade señala que las instituciones jurídicas de los mandatos, la administración fiduciaria y la administración internacional de territorios surgieron para brindar protección a los “pueblos” o “poblaciones” que tenían necesidad de ella. Los respectivos arreglos “territoriales” fueron los medios ideados para lograr ese fin, de protección de las “poblaciones” o los “pueblos”. No se trataba de mandatos por los mandatos en sí, ni de administración fiduciaria por la administración fiduciaria en sí, ni se trata de la administración internacional de territorios por la administración en sí. Pasando a las causas, como debe hacerse, su fin común se identifica claramente: salvaguardar a los “pueblos” o las “poblaciones” en cuestión.

16. En la parte VII realiza un examen de la grave preocupación expresada por las Naciones Unidas en conjunto en relación con la tragedia humanitaria en Kosovo. Con tal fin, examina las sucesivas resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad (en el período 1998-2001), por la Asamblea General (en el período 1994-2008), y por el Consejo Económico y Social (en 1998-1999), así como informes (sobre la UNMIK) y declaraciones del Secretario General (en el período 1999-2008), a todos los cuales atribuye gran importancia, toda vez que ponen de manifiesto los antecedentes de hecho de la crisis de Kosovo, que fueron eludidos por la Corte.

17. Después de recordar el principio *ex injuria jus non oritur*, pasa a un examen (en la parte IX de la presente opinión separada) del importante aspecto de las condiciones de vida de la población en Kosovo (a partir de 1989), sobre la base de las argumentaciones formuladas por los participantes en el procedimiento consultivo ante la Corte, en sus fases escrita y oral. También recuerda el reconocimiento judicial (por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia), y pruebas adicionales, de las atrocidades perpetradas en Kosovo (en el decenio 1989-1999), y atribuye una posición central a los sufrimientos del pueblo, de

conformidad con el enfoque humanizante centrado en el pueblo en el Derecho internacional contemporáneo.

18. Desde esta óptica, Cançado Trindade reevalúa la integridad territorial en el marco de los fines humanos del Estado, y considera el principio de libre determinación de los pueblos aplicable, más allá de la descolonización, en nuevas situaciones de opresión sistemática, subyugación y tiranía. Subraya la importancia fundamental, en el contexto de la crisis de Kosovo, de los principios de humanidad, así como de igualdad y no discriminación, a fin de extraer la enseñanza básica: ningún Estado puede usar el territorio para destruir a la población; esas atrocidades representan una absurda inversión de los fines del Estado, que fue creado y existe para los seres humanos, y no viceversa.

19. Cançado Trindade añade (en la parte XIV de la presente opinión separada) que las prohibiciones del *ius cogens* tienen una incidencia tanto en el nivel interestatal como en el nivel intraestatal, esto es, tanto en las relaciones entre los Estados *inter se*, como en las relaciones entre los Estados y todos los seres humanos que están bajo sus respectivas jurisdicciones.

20. Más adelante (en la parte XV) señala que un examen de los antecedentes de hecho de la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, seguida de la DUI de Kosovo, de 17 de febrero de 2008, no deja margen para un examen “técnico” y aséptico de la cuestión planteada a la Corte por la Asamblea General para la presente opinión consultiva. Es la Carta de las Naciones Unidas la que, en definitiva, guía todo razonamiento. En su opinión, la DUI de Kosovo solo se puede considerar apropiadamente a la luz de los complejos y trágicos antecedentes de hecho de la grave crisis humanitaria de Kosovo, que culminó con la aprobación por el Consejo de Seguridad de su Resolución 1244 (1999). El Derecho de las Naciones Unidas ha estado particularmente atento a

las condiciones de vida de la población, en Kosovo como en distintas partes del mundo, a fin de preservar la paz y la seguridad internacionales.

21. Cançado Trindade recuerda una pregunta que formuló a los participantes al final de las actuaciones orales ante la Corte, en la audiencia de 11 de diciembre de 2009, y las respuestas dadas por 15 de ellos. Se expresó la opinión de que la Resolución 1244 (1999) tenía la finalidad de crear las condiciones para una autonomía sustancial y una amplia forma de autogobierno en Kosovo, en vista de las circunstancias singulares de Kosovo. En el curso del decenio siguiente (1999-2009), la población de Kosovo pudo, gracias a la Resolución 1244 (1999), desarrollar su capacidad para un autogobierno sustancial, como lo demuestra su DUI adoptada por la Asamblea de Kosovo el 17 de febrero de 2008. Las declaraciones de este tipo no están ni autorizadas ni prohibidas por el Derecho internacional, pero sus consecuencias e implicaciones hacen que entre a jugar el Derecho internacional.

22. Aun cuando la Resolución 1244 (1999) no determinó el estatuto final de Kosovo, ni previno o impidió que tuviera lugar la DUI de 17 de febrero de 2008 por la Asamblea de Kosovo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no ha dictado sentencia alguna sobre la cadena de acontecimientos que han tenido lugar hasta ahora, y la UNMIK se ha adaptado a la nueva situación. Sigue existiendo la presencia de las Naciones Unidas en Kosovo, bajo la égida de la resolución 1244 (1999) y la permanencia de la presencia de las Naciones Unidas en Kosovo, también de ahora en adelante, parece necesaria, en aras de la seguridad humana, así como de la preservación de la paz y la seguridad internacionales en la región.

23. La Propuesta integral de Acuerdo sobre el Estatuto de Kosovo elaborada a mediados de marzo de 2007 por el Enviado Especial del Secretario General de las Naciones Unidas contiene propuestas de medidas detalladas encaminadas

a: a) asegurar la promoción y la protección de los derechos de las comunidades y sus miembros (con especial atención a la protección de las minorías serbias); b) la efectiva descentralización del gobierno y la administración pública (para fomentar la participación pública); c) la preservación y la protección del patrimonio cultural y religioso. El objetivo final es la formación y la consolidación de una sociedad democrática multiétnica, regida por el estado de derecho, con la prevalencia del principio fundamental de igualdad y no discriminación, el ejercicio del derecho a la participación en la vida pública y del derecho a la igualdad de acceso a la justicia para todos.

24. En su DUI de 17 de febrero de 2008, la Asamblea de Kosovo expresamente acepta las recomendaciones del Enviado Especial de las Naciones Unidas y la continuación de la presencia de las Naciones Unidas en Kosovo; además, expresa su compromiso de “actuar de manera compatible con los principios de Derecho internacional y las resoluciones del Consejo de Seguridad”, incluida la Resolución 1244 (1999). El Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas continúa, en efecto, ejerciendo sus funciones en Kosovo hasta la fecha.

Cançado Trindade concluye que los Estados existen para los seres humanos y no viceversa. El Derecho internacional contemporáneo ya no es indiferente al destino de la población, el más precioso elemento constitutivo de la calidad de Estado. El advenimiento de las organizaciones internacionales ha ayudado a poner fin a la inversión de los fines del Estado y la expansión de la personalidad jurídica internacional acarreó la expansión de la responsabilidad internacional.

7. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Ciertamente, la pregunta formulada por la Asamblea General no aludía expresamente al marco jurídico dentro del cual se realizaba la declaración de independencia de Kosovo (provincia de Serbia, reconocida como tal por la Resolución 1244 (1999) que sí aludía expresamente al respeto del principio de integridad territorial), ni tampoco a las consecuencias jurídicas que con relación al ámbito internacional necesariamente se producirían en el caso de aceptarla (segregación, alteración de fronteras, ingreso en organizaciones internacionales, etc.). Es cierto lo que la propia Corte afirma: “*no se pregunta si Kosovo ha alcanzado la condición de Estado. Y tampoco se pregunta sobre la validez o los efectos jurídicos del reconocimiento de Kosovo por los Estados que lo han reconocido como Estado independiente*”¹¹⁴. No obstante, todos los analistas coincidieron en que la Corte limitó excesivamente el alcance de la consulta¹¹⁵. Incluso suscitaron esta cuestión, en su opinión particular, algunos jueces como el juez Yusuf, quien –pese a votar con la mayoría– consideró que se había perdido una magnífica oportunidad de precisar el derecho de libre determinación en esta clase de pueblos, que –como luego veremos– apenas tiene formulación jurídica y cuenta con una práctica muy desigual y condicionada políticamente. También el juez Sepúlveda-Amor se sumó a esta crítica, por entender que se hubiera requerido el pronunciamiento de la CIJ 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 –

¹¹⁴ *OPINIÓN CONSULTIVA*, p. 23.

¹¹⁵ BERMEJO, R., GUTIÉRREZ, C., “La declaración unilateral de independencia de Kosovo...”, cit., p. 12.

también pese votar con la mayoría– calificara el dictamen de mera jurisprudencia mecánica¹¹⁶.

Indudablemente, el principal responsable sobre el modo de formular la pregunta es la propia Asamblea General, por cuanto pudo realizar una consulta más amplia y específica. Pero también es cierto que, en ese caso, hubiera sido muy probable 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 debería tener–, como sí los tiene la Asamblea General, los condicionamientos políticos de los representantes gubernamentales y podría haber sido mucho más ambiciosa en sus pretensiones. Del mismo modo que admite su competencia para apartarse de la redacción literal de las cuestiones planteadas cuando estas se plantean de forma inadecuada, poco clara o irrelevante, debería haber considerado que la *'cuestión jurídica realmente procedente'* (por utilizar la propia terminología propia de la Corte) no era si el acto de la Declaración de independencia formulado por las instituciones autónomas provisionales de Kosovo resultaba conforme o no con la legalidad internacional, sino si el pueblo de Kosovo tenía derecho a la libre determinación; si el reconocimiento efectuado por numerosos Estados era conforme con el Derecho internacional y si Kosovo podía considerarse un Estado. Ninguna de estas tres cuestiones, que son las auténticamente relevantes en el conflicto de Kosovo, fueron abordadas ni contestadas por la parte de la Corte. En consecuencia, ¿qué es lo que cabe deducir de la Opinión consultiva, tal y como se produjo?

En primer lugar, para la Corte no es ilegal proclamar una declaración de independencia, porque el Derecho internacional no lo prohíbe; en todo caso lo que prohíbe son los actos que, amparados en ella, pudieran suponer un

¹¹⁶ *OPINIÓN CONSULTIVA*, p. 23.

incumplimiento grave de disposiciones de *ius cogens*, por ejemplo, si se utilizara como fundamento o justificación para un uso ilegal de la fuerza para atentar contra la integridad territorial de los Estados. En este sentido, la Corte recuerda 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)¹¹⁷.

En segundo lugar, establecer que la DUI no era contraria al Derecho internacional no significaba aceptar o afirmar que el pueblo de Kosovo tuviera derecho a autodeterminarse. Para la Corte dicha cuestión no estaba comprendida en la pregunta formulada por la Asamblea General ya que no estaba expresamente relacionada con el acto formal de la DUI y, por tanto, no le competía pronunciarse al respecto¹¹⁸.

Con relación al conflicto serbobosnio, en el párrafo tercero de la *Resolución 787 de 1992*, el Consejo de Seguridad reiteraba su llamamiento a todas las partes y a otros interesados para que respetaran estrictamente la integridad territorial de la República de Bosnia-Herzegovina, reiterando que no se aceptaría ninguna entidad independiente, declarada unilateralmente, ni tampoco situaciones impuestas con violación de esa integridad. Ateniéndose a la literalidad del texto, parece claro que el Consejo condenaba la creación unilateral de un nuevo Estado, en detrimento de la integridad de Bosnia-

¹¹⁷ Se remite la CIJ 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 (*ICJ Reports* 1980, p. 89).

¹¹⁸ *OPINIÓN CONSULTIVA*, p. 35.

Herzegovina, sin atender a ninguna otra consideración circunstancial. Lo cual resultaba coherente con la doctrina mantenida a lo largo de los conflictos yugoslavos de permitir el acceso a la independencia, exclusivamente, a las entidades consideradas por la Constitución de Yugoslavia como Repúblicas Socialistas Federadas.

A este respecto, la Comisión Badinter –creada por la Conferencia de Paz de 1991– consideró que solo las seis repúblicas federadas, nombradas en la Constitución yugoslava de 1974, tenían derecho a la libre determinación, y no las dos provincias autónomas (ambas en Serbia) de Kosovo y Voivodina, porque solo a aquellas -como pueblos constituyentes- el texto constitucional les reconocía ese derecho¹¹⁹. Además, también estableció 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 algo que hubiera sido pertinente: que la constitución yugoslava reconocía el derecho de autodeterminación, pero exigía para su ejercicio el consenso entre todas las partes¹²⁰; y que esta doctrina sobre límites territoriales solo era aplicable en los supuestos de descolonización y el yugoslavo no lo era, obviamente. Teniendo

¹¹⁹ Véanse Opiniones de la Comisión Arbitral en *EJI* 1992, vol. 3, pp. 182 y ss., y 1993, vol.4, p. 71 ss., y en RODRÍGUEZ-PONGA, J., “La Comisión de Arbitraje de la Comunidad Europea sobre Yugoslavia, en *EJI*, 1992, vol. I, p. 252-259.

¹²⁰ 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 solo 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, p. 489 ss., y CASSESE, A., *Self-Determination of Peoples*, Cambridge 1995, p. 269-270

en cuenta de lo anterior, respecto de las repúblicas federadas hubiera bastado con recurrir a la autodeterminación interna para justificar el desmembramiento de la federación, sin necesidad de aludir, como hizo la Comisión Badinter, a la libre determinación de los pueblos o incluso a la descolonización. Entre otras cosas porque difícilmente se podía justificar la opresión o discriminación de las repúblicas, en el seno de un Estado que constitucionalmente preveía una presidencia anual rotatoria entre las repúblicas federadas y un ejecutivo integrado por representantes de los ocho territorios (también las dos provincias) y con derecho de veto de todos ellos.

En cualquier caso, la doctrina contraria a la secesión vertical se mantuvo respecto de los serbios de Croacia y Bosnia, y los albaneses de Macedonia y Kosovo, y su único fundamento expreso fue que se había tratado de declaraciones unilaterales contrarias a la integridad territorial de estos Estados en los que estaban integrados. Lo cual dice poco o nada ya que, dentro del ordenamiento jurídico internacional, tan fundamental es el principio de integridad territorial como el de libre determinación de los pueblos –y tan incompatibles entre sí–. Además de que, cuando un pueblo se ha independizado del Estado en el que se integraba, siempre lo ha hecho unilateralmente –salvo muy contadas excepciones– y en contra, lógicamente, de la integridad territorial de aquel. Y en bastantes ocasiones con la ayuda militar de otros Estados.

Es cierto que el mantenimiento de esta doctrina, contraria a la secesión, fue sostenida por el Consejo de Seguridad en todas sus resoluciones sobre el conflicto de Kosovo. En todas ellas se reafirmó el respeto a la integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia¹²¹. Doctrina que constituyó,

¹²¹ Ver, 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

además, uno de los principios básicos recogidos en el punto sexto del Anexo 1 de la Resolución 1244 (1999), propiciando el establecimiento de un acuerdo sobre un marco político provisional que contemplara un gobierno autónomo sustancial para Kosovo, teniendo en cuenta los acuerdos de Rambouillet y los principios de soberanía e integridad territorial de Yugoslavia y los demás países de la región. Como queda bien patente, el Consejo de Seguridad consideró prevalente el principio estructural del respeto a la soberanía e integridad territorial –a favor de Serbia (antes la República Federativa de Yugoslavia)– por encima del principio de libre determinación de los pueblos a favor de Kosovo, que no menciona en ninguna de sus resoluciones.

Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia, al escoger como ejemplos los casos de Rhodesia del Sur, la República Turca del Norte de Chipre y la República Sprska, pareció querer ir un poco más allá de la simple invocación del principio de integridad territorial como prevalente. O, al menos, cabría considerar la hipótesis de que estos antecedentes no se escogieron al azar, porque todos ellos compartían dos elementos comunes que, en este supuesto, resultaban absolutamente relevantes y que permitirían flexibilizar la doctrina negadora de la secesión, abonando quizá una posible justificación de la denominada ‘secesión-remedio’, sobre la que hablaremos más adelante.

En efecto, si realizamos una interpretación menos literal y más sistemática de la Resolución 787 del Consejo de Seguridad, podemos comprobar que, además de su condena a la vulneración de la integridad territorial Bosnia, el Consejo de Seguridad reprobó también las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y toda práctica de limpieza étnica. Por tanto, aunque mantuviera su rechazo a la secesión, no se puede negar que la condena de la

octubre de 1998, párrafo décimo cuarto, y Resolución 1244 de 10 de junio de 1999, párrafo décimo.

DUI de la República Sprska estuvo directamente vinculada a los actos de genocidio cometidos y las graves violaciones de derechos humanos básicos. Y lo mismo cabe decir de la República Turca del norte de Chipre, tal y como se describe en la Resolución 541 del Consejo de Seguridad, o del caso de Rodhesia del sur, de acuerdo con las Resoluciones 216 y 217 del Consejo de Seguridad. Así pues, al elegir esos tres ejemplos, la propia Corte pareció sugerir que en ellos no solo se verificó un atentado contra la integridad territorial, sino, sobre todo, lo que se produjo fue una vulneración grave, masiva y sistemática de los derechos humanos, que es lo que provoca la condena. Además de que, para asegurar la secesión de los territorios turcos de Chipre y serbios de Bosnia, se recurrió al uso de la fuerza por parte de otros Estados, aunque en ninguna de las dos resoluciones del Consejo de Seguridad -541 y 787- se hiciera referencia a la actuación militar de Turquía y de Serbia, y aunque el carácter decisivo de estas fuera diferente en ambos casos (determinante en el chipriota y menos relevante en el bosnio).

En definitiva, apoyada en esos precedentes, que parecían sugerir que, por encima de la protección de la integridad territorial de un Estado, se pretendía proteger a determinada población de los atentados y violaciones de los derechos humanos básicos, la Corte debería haber analizado la conformidad de la DUI de Kosovo con el Derecho Internacional, desde el cumplimiento o incumplimiento de normas imperativas –como en los ejemplos que cita- ya sea por el uso de la fuerza de otros Estados o por violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos. Desafortunadamente, la Corte no fue coherente. En lugar de realizar un análisis de la DUI con las normas imperativas de Derecho internacional, la confrontó con el marco jurídico especial creado por la Resolución 1244 (1999). Todo ello contribuyó a la decepción generalizada sobre el dictamen: no se pronunció sobre el derecho de libre determinación y tampoco sobre la conformidad de la DUI con las

normas imperativas, lo cual hubiera incidido sobre la licitud de los reconocimientos efectuados posteriormente por numerosos Estados.

Para eludir el análisis de fondo sobre cuestiones de Derecho internacional general, la Corte se pierde en argumentaciones forzadas y escasamente consistentes, relativas a la autoría de la DUI y a la presunta 'intención' de quienes la realizaron, algo que resultaba puramente instrumental, como luego veremos, para justificar la legalidad de la DUI sin tener que reconocer un derecho a la autodeterminación.

La doctrina de la Corte en el capítulo de Kosovo es, sin duda, poco ejemplar. Si bien es cierto que la mayor parte de sus opiniones consultivas contienen importantes contribuciones a la jurisprudencia y a la doctrina internacionalistas, el dictamen relativo a la DUI de Kosovo no pasará ni a la historia ni a los manuales del ramo. La Corte perdió una magnífica oportunidad de contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad en esa convulsa región europea y de aclarar una cuestión, siempre confusa, en el ordenamiento internacional como es el derecho de libre determinación de los pueblos no sometidos a dominación colonial. Además de que podía haber contribuido a consolidar la doctrina sobre la creación de nuevos Estados y sobre su reconocimiento.

A diferencia de otros casos en los que la Corte Internacional de Justicia fue consciente de su papel, como órgano judicial de la ONU, para el mantenimiento de la paz –como quedó patente, por ejemplo, en sus dictámenes sobre Namibia o sobre el muro israelí en Palestina–, en esta ocasión eludió claramente su responsabilidad en ese terreno. La respuesta emitida ante la consulta de la Asamblea General da tantas vueltas para no condenar la DUI de los representantes albanokosovares, que ha acabado por legitimar sus pretensiones secesionistas, creando la convicción en la opinión pública –sin

fundamento alguno– de que, no siendo ilícito ese acto, la independencia de Kosovo ha sido avalada por las Naciones Unidas.

Lejos de afirmar esto –aunque sin desmentirlo– este órgano de la ONU renunció a determinar si el pueblo kosovar tenía derecho a su libre determinación, evitando manifestarse sobre la existencia de una opresión que permitiera el ejercicio de este derecho y evitando pronunciarse sobre la estatalidad de Kosovo después de la DUI de su Asamblea y el reconocimiento de numerosos Estados, entre ellos la mayoría de la Unión Europea y Estados Unidos.

A nuestro juicio, Kosovo pudo reivindicar un derecho a ejercer su autodeterminación cuando realmente sufrió por parte de las autoridades serbias una sistemática acción represiva manifiestamente discriminatoria y vulneradora de los derechos humanos. Pero desde el momento en que se puso en marcha la administración internacional del territorio, establecida por las Naciones Unidas tras una intervención militar ilícita de la OTAN, esa situación ya se superó. Y tampoco resulta fácil determinar, a ciencia cierta, si los albanokosovares continuarían padeciendo esa discriminación y esa represión en el actual Estado serbio, que se manifiesta tan democrático como cualquiera otro de la región y dispuesto a dotar al territorio de una plena autonomía política.

Si la ONU hubiera cumplido los principios básicos establecidos en Rambouillet y en la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, hubiera debido obtener de Serbia las garantías constitucionales necesarias para asegurar esa autonomía y debería haber establecido 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 haberse manifestado 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 sin cumplir los requisitos para su libre determinación. De otra forma, Kosovo, que todavía no es un Estado pleno, 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.

CAPÍTULO QUINTO

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE KOSOVO

La Opinión Consultiva, emitida el 22 de julio de 2010 por la Corte Internacional de Justicia sobre la DUI de Kosovo, había sido largamente esperada. Como pocas veces sucede, el mundo entero y no solamente un grupo de expertos o los Estados parte implicados en el proceso, esperaban el dictamen de la Corte ante una situación de debate y confrontación internacional respecto de valores, derechos, principios y normas que afectaban al núcleo más profundo del Derecho internacional y del Derecho de las Naciones Unidas. Sin embargo, cuando existen grandes expectativas, estas fácilmente se transforman en grandes decepciones. Y una gran decepción fue la que manifestó la casi totalidad de académicos y de Estados ante la respuesta de la Corte a la pregunta formulada por la Asamblea General.

En este capítulo, pretendo sumarme al análisis crítico, casi unánimemente realizado desde las instancias académicas, subrayando aquellos aspectos que,

a mi juicio, resultan absolutamente indefendibles en la argumentación de la Corte, pero señalando también aquellos puntos que, a mi entender, son rescatables en dicha argumentación. Así pues, junto a las muchas sombras, también considero objetivo reconocer algunos avances y aportaciones importantes que la Opinión consultiva ofreció, tanto en el ámbito del Derecho internacional general como en el ámbito concreto del derecho a la autodeterminación de los pueblos.

1. SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR LOS ESTADOS PARTICIPANTES EN EL PROCEDIMIENTO

El análisis de la posición de los Estados que participaron en el procedimiento no depara sorpresas. Todos ellos expusieron sus argumentos previsibles, en función de su calificación de los hechos que determinaba su posición de entrada, favorable o contraria a la independencia de Kosovo. Sí vale la pena subrayar el predominio, en ambos grupos, del recurso a argumentaciones con respaldo doctrinal, traducidas en un notable aparato crítico, con abundantes referencias bibliográficas, utilizadas como argumento de autoridad, pretendiendo no tanto aclarar las dudas que el asunto de la autodeterminación o las declaraciones de independencia generaban en la práctica internacional, cuanto justificar doctrinalmente que esa práctica internacional se había desarrollado hasta el momento en la línea que cada Estado patrocinaba.¹

¹ Ese planteamiento tuvo alguna reseñable excepción, como fue el caso de España, que no incluyó ni una sola cita doctrinal en la 'Exposición escrita', ni tampoco en las 'Observaciones escritas' ni en la 'Exposición oral'. Vid. JIMÉNEZ PIERNAS, C., "Los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos en la opinión consultiva sobre Kosovo: una oportunidad perdida", *REDI* (2011): 43.

El grupo de Estados partidarios de la independencia de Kosovo recurrió preferentemente a la naturaleza dispositiva y permisiva al Derecho internacional general, que ofrecía ventajas evidentes para justificar la DUI. Mientras que en el grupo de Estados contrarios a la independencia de Kosovo se invocó el Derecho propio de la ONU y, en especial, la práctica de este organismo, sobre todo del Consejo de Seguridad. En última instancia, aunque se realizó desde enfoques muy diferentes, ambos bandos se empeñaron con todos sus recursos a la tarea principal de interpretar algo tan imposible de interpretar como los silencios del Consejo de Seguridad acerca de la Resolución 1244 (1999), que, obviamente, permitía tanto una línea de interpretación como la contraria.

1.1. Argumentación de los Estados que reconocieron la independencia de Kosovo

Los argumentos defendidos por los Estados partidarios de la independencia de Kosovo siguen un patrón homogéneo y pueden resumirse de la siguiente forma. En primer lugar, el Derecho internacional no regula el fenómeno de las Declaraciones de independencia y de los intentos de secesión, aunque quedan sometidos a las normas imperativas del Derecho internacional general (*ius cogens*)²

En segundo lugar, al margen de la dominación colonial, la ocupación extranjera o el previo acuerdo interno, el Derecho internacional no reconoce ningún derecho unilateral a la secesión e independencia de una parte de un Estado soberano; ahora bien, queda abierta la posibilidad de una secesión sobrevenida en circunstancias excepcionales, debida a la ausencia de un

² Exposiciones escritas de Dinamarca (pp. 2-4) y Suiza (párr. 26-29).

gobierno representativo de la totalidad de la población de su territorio, sin distinción de raza, credo o color. De facto, desde 1945, cabe constatar el nacimiento de un cierto número de nuevos Estados fuera del marco colonial. Siendo más rigurosos, el Derecho internacional exigiría dos condiciones para admitir excepcionalmente la secesión: por un lado, la imposibilidad para una parte de la población de ejercer la autodeterminación interna o autogobierno si eso se realizara acarreado graves violaciones de los derechos humanos; por otro lado, la inexistencia de cualquier otra vía de solución al conflicto, por negarse la posibilidad de una autodeterminación interna, lo que convertiría la autodeterminación externa en el inevitable último recurso (*ultima ratio*)³.

Este grupo de Estados era perfectamente consciente de los riesgos que conllevaba su posición favorable a la independencia de Kosovo y, por eso, en una materia tan sensible como esta, afinaron mucho en su defensa de la independencia, apelando y subrayando que se trataba de un caso único o *sui generis*; no generalizable, es decir, que no violentaba el Derecho internacional vigente, ni creaba un precedente debido a las circunstancias singulares que lo caracterizaban, entre otras, la peculiar estructura constitucional federal de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia (RFSY). En efecto, la desaparición violenta y no consensuada de la RFSY; el conflicto armado interno en Kosovo, con las graves violaciones de los derechos humanos cometidas durante su desarrollo; la intervención del Consejo de Seguridad, con el establecimiento de una prolongada administración internacional sobre ese territorio y la absoluta divergencia entre las partes (Serbia y la comunidad

³ Exposiciones escritas de Alemania (pp. 22-24), Japón (p. 3), Países Bajos (párr. 3.5-3.20), Reino Unido (párr. 5.18-5.33) y Suiza (párr. 57-80), y Observaciones escritas de Suiza (párr. 6-7).

albanokosovar) para lograr una solución política definitiva del conflicto, es lo que justificó la declaración de independencia como un recurso extremo⁴.

En tercer lugar, hubo algunos Estados partidarios de la independencia de Kosovo que llegaron aún más lejos y la justificaron apelando directamente a un derecho de secesión '*como sanción*', consistente en el derecho a separarse de un Estado responsable de graves violaciones del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra...) contra la población que habita su territorio. Además, y muy en particular, esta secesión 'castigo' se justificaba por la violación del derecho de autodeterminación *interna*, entendido como el derecho de toda la población a estar efectivamente representada, sin ninguna clase de discriminación, en las instituciones de gobierno del Estado. Una vez producidas todas esas circunstancias, el grupo de población (no necesariamente un pueblo) afectado tendría derecho a ejercer la autodeterminación *externa*, es decir, el derecho de secesión unilateral. En el caso de Kosovo, las graves violaciones de los derechos humanos y la negación de la autodeterminación interna por parte de las autoridades serbias estaban bien probadas tras la revocación unilateral de su autonomía en 1989 y del conjunto de medidas adoptadas contra la mayoría albanokosovar del territorio, que representaba el 90 por 100 de la población⁵.

⁴ Exposiciones escritas de Albania (párr. 72), Alemania (pp. 17-18), Dinamarca (pp. 4-9), Francia (pp. 41-43), Irlanda (párr. 27-34), Japón (pp. 3-5), Luxemburgo (párr. 5-8), Polonia (pp. 15-17) y Reino Unido (párr. 0.17-0.23); las Observaciones escritas de Alemania (párr. 3), Eslovenia (párr. 6-8 y 111) y Reino Unido (párr. 11-14), y las Exposiciones orales de Croacia (Metelco-Zgombic), CR 2009/29, párr. 13-14 ss., y Reino Unido (Bethlehen), CR 2009/32, párr. 10-11.

⁵ Exposiciones escritas de Albania (párr. 75-92, sobre todo 86 y ss.), Finlandia (párr. 5-12) y Polonia (párr. 6.1-6.16), más las citadas supra en nota 21, y Exposición oral de Jordania (Zeid Raad Zeid Al Hussein), CR 2009/31, párr. 17-38. Salvo en el caso de Albania (véase su citada

Ahora bien, si se acepta el conjunto de directrices defendidas por los Estados partidarios de la independencia de Kosovo, que acabamos de sintetizar aquí, esta doctrina ‘vindicativa’ de la *secesión como sanción* resulta perfectamente prescindible, porque el Derecho internacional general ya ofrece una respuesta satisfactoria mediante el recurso a la secesión en circunstancias excepcionales, a la que suele aludirse como secesión ‘remedio’, ante graves violaciones de derechos humanos⁶.

1.2. Posición de los Estados que no reconocieron la independencia de Kosovo

Los Estados contrarios a la independencia de Kosovo, aunque resultó ser un bloque menos homogéneo⁷, también aportaron en sus argumentaciones un esquema bastante reconocible. Este grupo de Estados tuvo muy en cuenta las particularidades de sus propias realidades nacionales, algo que les obligó a introducir matices específicos en cada uno de sus escritos. No obstante, como bloque, por un lado, insisten más en la práctica de la ONU y menos en el Derecho internacional general⁸; y, por otra parte, se invoca la práctica regional

Exposición escrita, así como sus Observaciones escritas, párr. 61-65), para la cual, los kosovares son un pueblo o nación con derecho de autodeterminación externa, el resto de exposiciones rehúyen el debate sobre la calificación de la población albanokosovar, que es denominada de muy diversas maneras (comunidad, grupo, mayoría, etc.).

⁶ JIMÉNEZ PIERNAS, C., “Los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos...”, cit., p. 46.

⁷ Basta comparar las posiciones de España, Rusia, Chipre o Egipto, para apreciar los matices. España, por ejemplo, evitó el debate dogmático y guardó silencio al respecto tanto en el procedimiento escrito como en el oral, centrándose en el análisis de la práctica de la ONU y de las organizaciones internacionales que estimó relevantes para el dictamen.

⁸ En particular, la EXPOSICIÓN ESCRITA de España.

no europea, que esos Estados consideraban relevante para enfocar el caso⁹. En general el esquema argumental puede sintetizarse del siguiente modo:

En primer lugar, resulta absolutamente lógico y obvio que el argumento fuerte de este grupo de Estados consista en afirmar la absoluta preeminencia del principio de soberanía e integridad territorial frente al de autodeterminación de los pueblos, que se limita y circunscribe, en exclusiva, a los supuestos de dominación colonial, apoyándose para ello, sobre todo, en la práctica de la ONU y en particular del Consejo de Seguridad desde 1945. En efecto, se arguye que el principio de soberanía e integridad territorial del Estado constituye un principio fundamental (es la piedra angular) del Derecho internacional contemporáneo, no admitiendo este, en principio, excepciones o casos especiales que lo hagan decaer ante la *vis expansiva* de lo que solo tiene sentido como autodeterminación colonial. De manera que no cabe, en absoluto, pretender la secesión mediante la invocación de la autodeterminación externa como último recurso¹⁰.

Rusia se cuidó bien de matizar esa defensa cerrada del principio de soberanía e integridad territorial, advirtiendo que la consabida 'cláusula de salvaguardia' que garantiza la integridad territorial del Estado frente a toda invocación del principio de autodeterminación, requiere como condición que este se dote de un gobierno representativo del conjunto de la población asentada en su territorio, sin ninguna clase de discriminación; de modo que solo en circunstancias muy extremas de incumplimiento grave y manifiesto de esa

⁹ En particular, la EXPOSICIÓN ESCRITA de Argentina.

¹⁰ Exposiciones escritas de Argentina (párr. 69-82), Azerbaiyán (párr. 17-23), Brasil (pp. 1-2), China (p. 2), Chipre (párr. 149-157) y Rumanía (párr. 69-98); OBSERVACIONES ESCRITAS de Chipre (párr. 28- 40); y EXPOSICIONES ORALES de Brasil (Medeiros), CR 2009/28, párr. 3-5 y 12, y China (Xue), CR 2009/29, párr. 14-18.

condición, y como último recurso, pudiera plantearse un posible derecho a la secesión¹¹. En todo caso, Rusia excluía expresamente la aplicación de esta excepción en el caso de Kosovo.

Apuntalando la preeminencia del principio de integridad territorial, se subrayaba que la población de Kosovo jamás había sido tratada jurídicamente como un pueblo con derecho a la autodeterminación ni desde el Derecho internacional, ni en el ordenamiento constitucional de la RFSY. Tampoco nunca antes de finales de los años noventa, se planteó el derecho de los albaneses de Kosovo a la autodeterminación, sino que siempre se defendió su autonomía. Y tampoco se reivindicó la autodeterminación de Kosovo cuando la OTAN intervino militarmente contra Serbia en 1999; desde las instancias políticas y doctrinales jamás se aludió a la autodeterminación en las extensas argumentaciones ofrecidas para justificar la intervención militar. Al contrario, la letra de la Resolución 1244 (1999) confirma, sin ambigüedad, la soberanía e integridad territorial de Serbia sobre Kosovo, a la que nunca ha renunciado; en ese sentido, dicha Resolución ya había proporcionado a Kosovo un régimen de autonomía satisfactorio; y el régimen político serbio había sufrido cambios profundos desde 1999, de modo que su nueva estructura democrática como Estado de Derecho respetuoso con los derechos humanos, permitía esperar una actitud y conducta radicalmente diferente por parte de las autoridades serbias en relación con Kosovo. De manera que este bloque no veía ninguna

¹¹ EXPOSICIÓN ESCRITA de Rusia, párr. 82-88; de la que se hizo eco, naturalmente, Estados Unidos (Observaciones escritas, pp. 15-16). Es la posición más peculiar dentro del bloque de Estados contrarios a la independencia de Kosovo; se explica a la vista sobre todo de la situación en el Cáucaso y el reconocimiento ruso de la independencia de Osetia del Sur y de Abjasia en 2008. Como es bien sabido, el canon sobre la llamada 'cláusula de salvaguardia' lo fijó la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 1970. Vid. JIMÉNEZ PIERNAS, C., "Los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos en la opinión consultiva sobre Kosovo: una oportunidad perdida", cit., p. 47.

razón que justificara y avalara una reivindicación tan repentina de la autodeterminación por parte de la población albanokosovar¹².

En segundo lugar, las violaciones de los derechos humanos, incluso graves, no pueden en ningún caso activar automáticamente un derecho a la independencia, a modo de corrección o remedio sancionador contra el Estado en cuestión, como lo confirma la práctica constante y uniforme del Consejo de Seguridad en relación con esa clase de situaciones. El pretendido derecho a la secesión '*como sanción*', a favor de las víctimas de esas violaciones, se trate o no de un pueblo, no pasa de ser una simple teoría sin apoyo en la práctica internacional. Dicha teoría no podría ser de aplicación a Kosovo, porque ya se había superado la situación de violaciones graves de los derechos humanos, sufrida básicamente entre 1996 y 1999. De modo que, en la fecha crítica de 2008, año de la DUI, Kosovo gozaba ya de una amplia autonomía y autogobierno¹³.

En tercer lugar, el principio de autodeterminación de los pueblos (como autodeterminación *externa* para acceder a la independencia) se aplica y circunscribe esencialmente a las situaciones de dominación colonial y ocupación extranjera, que quedaban fuera del contexto de Kosovo. Como ha sido patente en la práctica internacional, el derecho de autodeterminación no puede invocarse indiscriminadamente por cualquier grupo humano; solo los 'pueblos' reconocidos como tales para ejercerlo conforme al Derecho

¹² EXPOSICIONES ESCRITAS de Chipre (párr. 91-122), Rumanía (párr. 99-108) y Rusia (párr. 89-104); EXPOSICIÓN ORAL de Rusia (Gevorgian), CR 2009/30, párr. 13-18.

¹³ EXPOSICIONES ESCRITAS de Argentina (párr. 83-86), Chipre (párr.140-148), Irán (párr. 4.1-4.2) y Rumanía (párr. 132-159); Observaciones escritas de España, párr. 8, y EXPOSICIONES ORALES de China (Xue), CR 2009/29, párr. 24-26, España (Escobar Hernández), CR 2009/30, párr. 40-44, y Rusia (Gevorgian), CR 2009/30, párr. 19-22 y 55-59.

internacional pueden ser titulares del derecho de autodeterminación. En este caso, nunca los albanokosovares que habitan ese territorio han sido considerados como 'pueblo', sino como una 'minoría nacional'. En definitiva, el Derecho internacional vigente no reconoce el derecho unilateral de secesión (es decir, no consensuado) de una parte de un Estado; y por otro lado, a las minorías, los pueblos indígenas y otros grupos de población, el Derecho internacional solo les reconoce el derecho de autodeterminación *interna* y no externa, que salvaguarda el principio de integridad territorial, en razonable equilibrio con el principio de autodeterminación¹⁴.

2. LAS 'SIGNIFICATIVAS DISTINCIONES' REALIZADAS POR LA CORTE

La voluntad de la Corte de evitar responder a las cuestiones fundamentales, que eran las respuestas que toda la comunidad internacional estaba esperando, quedó de manifiesto en el inusitado afán mostrado por la mayoría de los jueces del tribunal de realizar continuamente distinciones a lo largo de su razonamiento.

En primer lugar, la Corte distinguió implícitamente el acto de la DUI del acto de la secesión. Ciertamente, la pregunta formulada por la Asamblea General se refería a la aprobación de la DUI, pero lo que realmente estaba en juego no era

¹⁴ EXPOSICIONES ESCRITAS de Argentina (párr. 87-100), Azerbaiyán (párrs. 24-27), China (pp. 3-5), Chipre (párr. 133-139), Egipto (párr. 61-67), Eslovaquia (párr. 6-17), Irán (párr. 3.1-3.6 y 5.1-5.4) y Rumanía (párr. 110-131 y 141-142), y EXPOSICIONES ORALES de Bielorrusia (Gritsenko), CR 2009/27, pp. 28-30, y Vietnam (Nguyen Anh), CR 2009/33, párrs. 13-16. El grupo de Estados partidarios de la independencia de Kosovo evitó entrar en el debate conceptual pueblo-minoría, que sigue hoy abierto; véase a título ejemplar las OBSERVACIONES ESCRITAS de Estados Unidos, pp. 15-17, escuetas y huidizas; de Países Bajos, párr. 3.1-3.6, más atrevidas porque califican a la población kosovar como pueblo, y de Noruega, párr. 8.

la DUI como un acto aislado, sino la posibilidad de una secesión; es decir, la separación unilateral de una parte del territorio de un Estado encaminada a la constitución de otro Estado independiente y soberano en ese territorio¹⁵. Con esta primera distinción, parece bastante evidente que la Corte pretendía evitar tener que pronunciarse expresamente sobre el derecho de secesión; no obstante, y a pesar de ello, apuntó algunas reflexiones al respecto que merece la pena considerar y que ayudan a perfilar ese derecho, como veremos más adelante.

En segundo lugar, la Corte distinguió entre diferentes órdenes normativos. Por un lado, el correspondiente a las normas de Derecho Internacional general y, por otro lado, el correspondiente a la situación jurídica creada por la Resolución 1244 (1999) y el Marco Constitucional. Con ello, la Corte pudo dividir la opinión consultiva en las tres partes ya analizadas en el capítulo anterior y ofrecer argumentaciones parciales en cada una de ellas que permitían diluir el verdadero fondo de la cuestión.

En tercer lugar, la Corte distinguió entre una solución jurídica, provisional, para detener el conflicto (la administración internacional provisional creada por la Resolución 1244) y una solución final, definitiva, sobre Kosovo, que era la realizada por los autores de la DUI. Con este planteamiento, afirmando que ambas soluciones actuaban en ámbitos y niveles jurídicos separados, se pretendía justificar que la DUI no podría violar la Resolución.

En cuarto lugar, la Corte distinguió entre los destinatarios de la Resolución 1244 (1999) y los autores de la DUI. La Resolución se dirigía, principalmente, a las Naciones Unidas y a sus órganos a la hora de legitimar sus actuaciones en el territorio kosovar; pero, según la Corte, esa Resolución no estaba dirigida a

¹⁵ PETERS, A., "Does Kosovo Lie in the Lotus-Land of Freedom?", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 24 (2011) p. 96.

las autoridades de Kosovo. Esta distinción permitió a la Corte concluir que la DUI no violó la Resolución del Consejo de Seguridad ya que ese acto jurídico político no estaba dirigido a los actores de Naciones Unidas sino al pueblo de Kosovo.

En quinto lugar, y teniendo en mente el mismo fin, la Corte distinguió implícitamente entre quienes constituían las instituciones provisionales de autogobierno, establecidas y reguladas por el Marco Constitucional, y los autores de la DUI, quienes actuaron como un poder constituyente, mediante una ruptura revolucionaria del marco legal existente.

Por último, la Corte demostró una gran sutileza precisando el contenido de la pregunta. En efecto, señaló, no es lo mismo preguntar si la DUI era contraria al Derecho internacional que preguntar si existía, efectivamente, una autorización positiva para emitirla o un derecho a la secesión. De esta forma, la Corte evitó pronunciarse sobre el derecho de secesión y, al tiempo, afirmar que es perfectamente posible que un acto particular no vulnere el Derecho internacional sin que, por ello, necesariamente, constituya el ejercicio de un derecho conferido por él¹⁶.

No obstante, y más allá de todas estas distinciones, la Corte se olvidó (o conscientemente no quiso) realizar la distinción verdaderamente relevante en este caso: la distinción entre actos que no son contrarios al Derecho internacional y actos que están permitidos (son lícitos) en el Derecho internacional. En efecto, no todos aceptan la teoría de la *libertad residual*, de acuerdo con la cual, no todo lo que no contradice directamente al Derecho internacional (lo que está prohibido) puede considerarse lícito y permitido por el

¹⁶ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párrafo 56.

Derecho internacional. La Corte extrajo una consecuencia inmediata obviando realizar esa necesaria distinción: estableció que la DUI era legítima porque no podía considerarse contraria al Derecho internacional. Pero esto suponía un cambio importante en el sentido de la cuestión. En efecto, la Opinión consultiva no manifiesta en ninguna parte, de forma explícita o implícita, que la DUI fuera acorde o ajustada al Derecho Internacional; por el contrario, la Corte avaló la DUI limitándose a decir, literalmente, que no se adoptó vulnerando el Derecho internacional, o que no violó directamente ninguna norma de Derecho internacional. Que algo no esté expresamente prohibido no significa, en este ámbito, que esté permitido. He ahí la cuestión determinante sobre la que debería haber argumentado la Corte y la verdadera distinción relevante que fue la única que no se efectuó¹⁷.

2.1. ¿Era competente la Corte para conocer del asunto de Kosovo?

Como ya señalamos en el capítulo anterior, para que pueda estimarse la competencia de la Corte, la pregunta debía ser formulada por un órgano de las Naciones Unidas debidamente autorizado y, además, debía tratar sobre una cuestión jurídica. Al respecto, ya hemos explicado que la Corte avaló la legitimidad de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, en tanto que autorizados por la Carta de la ONU para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, y también aceptó que la forma en que estaba formulada la pregunta era suficiente como para establecer su carácter jurídico.

Nada hay que objetar, a nuestro juicio, a la decisión de la Corte de considerarse competente, lo que sí consideramos objetable, desde todos los puntos de vista, es la sumariedad y brevedad del análisis realizado y la escasa

¹⁷ PETERS, A., "Does Kosovo Lie in the Lotus-Land of Freedom?", cit., p. 97.

entidad de los argumentos aportados para justificar esa decisión. Veamos ambos puntos.

En primer lugar, la Corte apreció una conexión fundamental entre la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, considerando que la distribución de competencias entre ambos órganos no era un obstáculo para establecer su competencia a la hora de formular la pregunta. En efecto, la Asamblea había venido aprobando resoluciones referidas a las violaciones de derechos humanos contra la población kosovar, llegando incluso a mostrar su preocupación frente a una eventual partición del territorio¹⁸, en lo que la Corte considera un ejemplo de lo que constituye ya una “tendencia creciente”: Asamblea General y Consejo de Seguridad examinan paralelamente una misma cuestión relativa al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales; el Consejo da prioridad a los aspectos que afectan centralmente a esta última cuestión, mientras la Asamblea se ocupa principalmente de los aspectos humanitarios, sociales y económicos¹⁹. Por ello, concluye la Corte, la Asamblea General tiene un “interés legítimo” en la respuesta²⁰.

Sin embargo, como han señalado muchos autores, la conexión entre ambos organismos carece de fundamento legal tanto en la Carta de la ONU como en el Estatuto de la Corte. De ahí que el voto favorable de la mayoría de los jueces tuvo que apoyarse en una razón muy débil: la Corte, “algunas veces en el pasado”, había dado “algunas indicaciones” sobre el tema de la pregunta objeto

¹⁸ Resolución 54/183 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1999.

¹⁹ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 41 y 42.

²⁰ *Ibid.*, párr. 47

de la solicitud de opinión consultiva en relación con las actividades de la Asamblea General²¹.

Ahora bien, justificar una decisión de competencia de la Asamblea General para formular la pregunta, aludiendo a prácticas pasadas, realizadas ocasionalmente, no parece una base sólida para fundamentar la competencia de la Corte, por lo que resulta obvio que la Corte debió haber argumentado mucho más seria y rigurosamente su respuesta. Es cierto que la Corte se remitió, como dijimos, a la adopción por parte de la Asamblea General de cinco resoluciones referentes a los derechos humanos en Kosovo y quince resoluciones relativas a la financiación de la UNMIK, todas ellas justificadas atendiendo a la función de la Asamblea General de mantener la paz y seguridad internacionales (si bien estas resoluciones fueron adoptadas después de que el Consejo de Seguridad se hizo cargo activamente del problema de Kosovo en 1998). Pero si se aceptara este argumento con carácter general, entonces se podría afirmar que la competencia sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales también pertenece a la Asamblea General, que sería libre para discutir y debatir sobre cualquier tema, pudiendo intervenir también en cualquier situación al margen del propio Consejo de Seguridad²². Pero esta interpretación, a juicio de muchos autores²³, debilita seriamente la competencia del Consejo de Seguridad en la gestión del mantenimiento de la paz y

²¹ JACOBS, D. - YANNICK, R., "Waiting for Godot: An Analysis of the Advisory Opinion on Kosovo", cit., p. 335 y 336.

²² ACHARYA, U. 2012. "ICJ's Kosovo Decision: Economical Reasoning of Law and Question of Legitimacy of the Court", *Legal Studies Research Paper*, nº.11 (2012) p.14. Gonzaga University School of Law: <http://papers.ssrn.com/abstract=2139200>.

²³ GUTIÉRREZ, C. - BERMEJO, R., "De la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 22 de julio de 2010, sobre Kosovo", *Real Instituto Elcano, documento de trabajo*, núm. 35/2010, p. 16.

seguridad internacionales, función que hasta el momento era exclusiva de dicho órgano.

En segundo lugar, la Corte se encargó de determinar si la pregunta formulada era una “pregunta de carácter jurídico”. La cuestión la zanja la Corte con un razonamiento básico: siendo la pregunta si la DUI se ajusta al Derecho internacional, y resultando evidente que “una cuestión en que expresamente se pregunta a la Corte si una acción en particular es compatible o no con el Derecho internacional ciertamente parece ser una cuestión jurídica”. Para ello se remite a su dictamen sobre el Sahara Occidental, en el que señaló que las cuestiones “enmarcadas en términos jurídicos y que plantean problemas de Derecho internacional (...) son, por su propia naturaleza, susceptibles de una respuesta basada en el Derecho”²⁴. La Corte entiende que, con independencia de la naturaleza política de los motivos que puedan haber inspirado la solicitud o de las consecuencias políticas que pudieran derivarse de la emisión de su opinión, no se puede negar a pronunciarse sobre los elementos jurídicos que se le plantean, en especial cuando lo que se le pide es que ejerza una función esencialmente judicial, como en este caso es la apreciación de un acto desde la perspectiva del Derecho internacional²⁵. Obviamente, en este conflicto, junto a los aspectos jurídicos hay otros de carácter político, pero entiende la Corte que el hecho de que una cuestión tenga aspectos políticos no basta para privarle de su naturaleza jurídica.

La argumentación realizada por los jueces resulta de nuevo superficial, puesto que no va más allá de remitirse a la redacción literal de la pregunta. Es decir, siendo cierto que la solicitud de la opinión consultiva a la Corte se realiza de acuerdo con la legalidad, la Corte da por supuesto (presume alegremente) que

²⁴ Sahara Occidental, AVIS CONSULTATIF, *CIJ. Recueil* 1975, p. 18, párr. 15

²⁵ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 27.

la simple mención del Derecho Internacional implica que la naturaleza de la pregunta también es de carácter jurídico y no político, sin ofrecer una explicación de mayor calado acerca del fondo de la cuestión y de las implicaciones, no solo jurídicas, sino también políticas, que de ello se podrían derivar.

Es más, pese a que la Corte se apoya en su jurisprudencia anterior respecto al Sahara, si este razonamiento se aplicara de manera indiscriminada, podría dar lugar a resultados ciertamente absurdos. En efecto, si para establecer el carácter jurídico de una cuestión hemos de atenernos exclusivamente al tenor literal de cómo está formulada (es decir, comprobar si se alude al Derecho internacional en ella), entonces la Corte debería declararse siempre competente para responder a cualquier pregunta, sobre cualquier actividad de cualquier particular u organismo, con tal de que dicha actividad aparezca conectada sintácticamente con el Derecho internacional. Obviamente, esto carecería de sentido y excedería por completo del cometido y la función específica de la Corte, que como máximo órgano judicial en materia de Derecho internacional, solo debe ocuparse de cuestiones de Derecho sustantivo y que afecten a entidades como los Estados y las Organizaciones Internacionales.

En este sentido, se ha recordado que, para determinar la naturaleza jurídica del contenido de la pregunta, este debería analizarse no solo *ratione materiae*, sino también *ratione personae*. Es decir, para determinar su competencia sobre cualquier asunto, la Corte no solo debe atender a si se trata de una cuestión más o menos relacionada con el Derecho internacional, sino que también debería considerar la relación del asunto que se le plantea con las entidades u organismos que tienen competencia para plantear cuestiones a la Corte, es

decir, determinar si quien pregunta es un Estado o una Organización Internacional²⁶.

De esta forma, se ha señalado por parte de algunos que, a partir del momento en que la Corte consideró que no fue la Asamblea de Kosovo quien emitió la DUI sino los representantes electos del pueblo kosovar, el asunto ya escapaba de su competencia, puesto que no afectaba a un Estado u Organismo internacional, a menos que la Corte hubiera realizado un análisis sobre la estatalidad y soberanía de Kosovo, determinando y justificando en qué medida los autores de la DUI eran el Gobierno legítimo de ese Estado, teniendo, entonces sí, capacidad para actuar en el ámbito internacional²⁷. Lo anterior recuerda a lo señalado por el juez Skotnikov, para quien las declaraciones de independencia solamente son relevantes para el Derecho internacional cuando son consideradas en conjunto con la reclamación de estatalidad e independencia²⁸.

Una vez confirmado su carácter jurídico, la Corte analiza otra cuestión esencial: ¿es la DUI una cuestión que afecta al Derecho internacional o bien es una de las que se reservan a la competencia interna de los Estados? En opinión de la Corte lo que la Asamblea General le pide no es que emita una opinión “sobre si la declaración se ajusta a alguna norma de Derecho interno, sino solamente si se ajusta al Derecho internacional”, por lo que entiende que puede dar respuesta a esta pregunta “sin necesidad de investigar ningún sistema de Derecho interno”²⁹. Esta cuestión no es baladí, ya que desde el informe de las

²⁶ JACOBS, D. - YANNICK, R. “Waiting for Godot: An Analysis of the Advisory Opinion on Kosovo”, cit., p. 338.

²⁷ LOPEZ-JURADO, C., “La secesión de territorios no coloniales y el soberanismo catalán”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales* (2013) p. 15.

²⁸ *OPINIÓN CONSULTIVA*. Opinión disidente del juez Skotnikov: párrafo 17.

²⁹ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 26. «La fuerza obligatoria del Marco Constitucional se deriva del carácter vinculante de la Resolución 1244 (1999) y, por tanto, del Derecho internacional. En

Islas Aaland hasta el de la Comisión Badinter se ha venido manteniendo que el Derecho internacional no reconoce a un pueblo o a una fracción de un pueblo el derecho a separarse de un Estado, y se ha remitido la cuestión al Derecho interno³⁰. Como veremos más adelante, es esta una cuestión sobre la que la Corte eludió pronunciarse, aunque para ello tuvo que llegar a la conclusión de que la DUI no fue efectuada por las autoridades establecidas por el régimen provisional de administración internacional.

2.2. ¿Era conveniente que la Corte emitiera la opinión consultiva o existían razones poderosas para no hacerlo?

De acuerdo con el artículo 65 de su Estatuto, la Corte “puede” emitir una opinión consultiva cuando haya sido solicitada por un órgano debidamente facultado. Atendiendo a la jurisprudencia de la Corte, en principio, no debería negarse a entregar una opinión, a menos que existieran razones imperiosas para hacerlo.

Dos fueron los argumentos principales esgrimidos en contra de la conveniencia de que la Corte decidiera pronunciarse: por un lado, el hecho de que la solicitud solamente servía a los intereses de Serbia y, por otro lado, que perturbaba la separación de funciones y competencias entre la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, ya que la respuesta a esa solicitud exigía interpretar la Resolución 1244 (1999), por lo que, según algunos, la Corte solo debió haber respondido si la pregunta le hubiera sido formulada por el Consejo de Seguridad.

ese sentido, reviste, por tanto, carácter jurídico internacional» (*OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 88).

³⁰ En el mismo sentido, véase EXPOSICIÓN ESCRITA de Albania, párr. 41-47.

Sin embargo, estos argumentos no resultan lo suficientemente consistentes como para fundamentar una negativa de la Corte a pronunciarse sobre la pregunta. En primer lugar, respecto al exclusivo interés de Serbia en el asunto, conviene señalar que la mayoría de los Estados presentes en la sesión de la Asamblea General y que votaron, lo hicieron a favor de los intereses del país patrocinante de la resolución (en concreto, 77 de 83 Estados). Por otro lado, las abstenciones de los restantes 74 Estados, cuyos votos no se contabilizan como parte del total, probablemente estaban motivados por el deseo de permanecer neutrales; especialmente aquellos que ya habían reconocido a Kosovo como Estado soberano. Estos países procuraron no actuar en contra de sus propias decisiones: se abstuvieron porque su previo reconocimiento de Kosovo como Estado podía ser entendido, lógicamente, como una aceptación tácita de la legalidad de la DUI.

Así pues, el amplísimo interés que suscitó este caso en la comunidad internacional, a la vista del elevado número de Estados que participaron en el proceso, no puede calificarse, en ningún caso, como algo que únicamente satisfacía a los propósitos e intereses de Serbia. El asunto interesaba –y mucho– al conjunto de Estados participantes, aunque de manera especial a Serbia, como es lógico y obvio.

En segundo lugar, el artículo 12 de la Carta de las Naciones Unidas y la política general de asegurar un equilibrio entre los órganos de la ONU, no excluyen la competencia de la Corte en este caso. En su argumentación, precisa que el Consejo de Seguridad no tiene competencia exclusiva, sino meramente ‘primaria’ para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Por lo tanto, la Asamblea General también es competente en este asunto y está especialmente autorizada para solicitar opiniones consultivas, al igual que el Consejo.

Por otra parte, a nuestro juicio, la exigencia de la Corte de tener que interpretar una resolución emitida por el Consejo de Seguridad no parece ser un obstáculo para que aquella se considere competente en el conocimiento del asunto. En efecto, las resoluciones del Consejo de Seguridad no son únicamente documentos políticos sino textos legales cuya interpretación es una de las funciones legítimamente ejercidas por la Corte Internacional de Justicia. Por consiguiente, parece muy razonable admitir que la Corte actuó correctamente emitiendo su opinión, porque de no haberlo hecho el sentido de su función judicial se habría resentido drásticamente. Junto a esto, la realidad existente en Kosovo imponía a la Corte ejercer su función y responsabilidad primarias a la hora de clarificar el estatus jurídico del territorio cumpliendo su deber de asistencia real a los respectivos órganos de la ONU allí presentes.

2.3. ¿Aplicó realmente la Corte el principio del *caso Lotus* de 1927?

Durante el proceso, hubo un reñido debate sobre la posible aplicación al caso de Kosovo del principio de la libertad residual emanado del *Caso Lotus*, sobre el que se pronunció la 'Corte Permanente de Justicia Internacional' en 1927, como predecesora de la CIJ. En su declaración separada, como vimos, el juez Bruno Simma expresó su preocupación por el análisis innecesariamente limitado y potencialmente engañoso de la Corte. Para el juez alemán, al examinar solamente la eventual existencia de una norma de Derecho Internacional que prohibiera las declaraciones de independencia, la Corte volvió al "*Principio Lotus*" y al positivismo del siglo XIX, adoptando una visión anacrónica y extremadamente consensualista del Derecho Internacional, haciendo que su razonamiento, en este punto, fuera obsoleto³¹.

³¹ DECLARACIÓN DEL JUEZ SIMMA: párr. 3-4 y 8.

En el famoso *caso Lotus*, que enfrentó a Francia y Turquía, la Corte Permanente de Justicia Internacional tuvo que identificar normas prohibitivas que restringieran el ejercicio territorial de la jurisdicción turca. Sin embargo, la Corte fue más allá, estableciendo expresamente que la conducta de Turquía estaba de acuerdo con la estructura substantiva del Derecho Internacional, manifestando con ello su creencia en el carácter completo de este, y contextualizando las normas prohibitivas en relación a las conductas de los Estados. Vale la pena recordar el pasaje original de la decisión en este momento:

“The Court, having to consider whether there are any rules of international law which may have been violated by the prosecution in pursuance of Turkish law of Lieutenant Demonsis confronted in the first place by a question of principle which [...] has proved to be a fundamental one. [...] the Turkish Government takes the view that Article 15 (of the Turkish law) allows Turkey jurisdiction whenever such jurisdiction does not come into conflict with a principle of international law. The latter view seems to be in conformity with the special agreement itself. [...] According to the special agreement, therefore, it is not a question of stating principles which would permit Turkey to take criminal proceedings, but of formulating the principles, if any, which might have been violated by such proceedings. This way of stating the question is also dictated by the very nature and existing conditions of international law. International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these coexisting independent entities with a view to the achievement

of common aims. Restrictions upon the Independence of States cannot therefore be presumed.”³²

La cita del extracto del *caso Lotus* revela que la Corte Permanente no señaló que el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción turca caía en un vacío de Derecho Internacional. Por el contrario, la Corte estableció que dicho ejercicio estaba cubierto por la soberanía estatal como principio residual de Derecho Internacional. De acuerdo con esta afirmación, un Estado soberano será siempre libre de actuar como le plazca mientras sus acciones no estén prohibidas por una norma de Derecho Internacional. Este principio constituye la piedra angular sobre la que se sustenta la afirmación de que el Derecho Internacional es un ordenamiento jurídico pleno y coherente y no una mera colección indiscriminada de normas. En consecuencia, en cuanto que ordenamiento jurídico pleno, el Derecho Internacional estaría capacitado para declarar si una acción estatal es legal o ilegal, pero no interferiría en asuntos que no tuvieran relevancia jurídica de acuerdo con sus normas, como sería el caso de las declaraciones de independencia.³³

A este respecto, y en apoyo a lo sostenido por el juez Simma, se ha sostenido que la transformación del sentido de la pregunta llevada a cabo por la Corte expresa una opción metodológica de gran calado a favor de la denominada *teoría de la libertad residual*, es decir, aquella según la cual, en Derecho Internacional, todo lo que no está expresamente prohibido es lícito³⁴. De esta forma, la Corte habría adoptado implícitamente el *principio Lotus* al reformular

³² *Lotus Case (France v Turkey)*, 7 September 1927, PCIJ Series A, No. 10, 18 (1927).

³³ ROSEN, V., “The ICJ Advisory Opinion on the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo: Rules or principles?”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2, Nº 3, 2010, p. 1077.

³⁴ LOPEZ-JURADO, C., “Kosovo ante la Corte Internacional de Justicia: la Opinión consultiva de 22 de julio de 2010”, *REEI*, nº. 21, 2011, p. 17.

la pregunta sobre si la declaración de independencia se ajustó al Derecho Internacional transformándola en determinar si el Derecho Internacional aplicable prohibía o no dicha declaración³⁵.

Por otro lado, se ha afirmado también que la Corte aplicó la presunción del *caso Lotus* a una entidad que había declarado su independencia, pero sobre la que todavía no podía establecerse si tenía la condición de Estado o no; lo cual hacía dudar sobre si la Corte había reformulado y ampliado el principio del *caso Lotus*, convirtiéndolo en principio general de Derecho Internacional, ya no limitado a la esfera de los Estados, y, por tanto, también aplicable a entidades consideradas *in statu nascendi*, es decir, a pueblos secesionistas que pretenden fundar nuevos Estados, basados en el principio de efectividad, pero fuera del ámbito de la libre determinación³⁶.

También en consonancia con las razones del juez Simma, parece claro que, si en algún momento hubo silencio o vacío sobre muchos ámbitos en el Derecho internacional, hoy día existen una multitud de normas que buscan su acomodo ahí, por lo que el Derecho internacional ya no puede considerarse simplemente un conjunto de normas prohibitivas. Así pues, sería una gran deficiencia de la opinión consultiva adoptar implícitamente el principio de la libertad residual, ya que con ello se estaría validando de antemano la secesión, puesto que no existiría ninguna prohibición explícita al respecto en el Derecho internacional.³⁷

A nuestro juicio, contrariamente a lo que se ha afirmado, la Corte no aplicó el principio del *caso Lotus* en el asunto de Kosovo. En efecto, de su constatación de que la DUI no era contraria al Derecho internacional, no puede deducirse,

³⁵ HARVARD LAW REVIEW (2011). *Recent International Advisory Opinion*, p.1104.

³⁶ MUHARREMI, R., "A Note on the ICJ Advisory Opinion on Kosovo", *German Law Journal*, Vol. 11, Nº 07/08, 2010, p. 876.

³⁷ BURRI, T., "The Kosovo Opinion and Secession: The Sounds of Silence and Missing Links", *German Law Journal*, Vol. 11, nº 07/08, 2010, p. 884.

sin más, que la Corte estuviera automáticamente afirmando que la DUI estaba autorizada por el Derecho internacional o que constituía el ejercicio de un derecho conferido por él. La Corte, al establecer la inexistencia de normas que prohibieran las declaraciones de independencia como actos aisladamente concebidos, estaba diciendo, implícitamente, que el Derecho internacional es neutral ante ellas, o que simplemente no las trata como actos que generan procesos jurídicos de secesión, sino que se trata de asuntos meramente internos de un Estado.

Si bien diversos Estados apoyaron la independencia de Kosovo e insistieron a la Corte para que aplicara el principio del *caso Lotus*³⁸, la Corte evitó referirse a ese caso, cuya vigencia y aplicación hoy sería bastante dudosa, teniendo en cuenta su visión extremadamente voluntarista del Derecho internacional.³⁹ No obstante, incluso si el principio del *caso Lotus* tuviera vigencia, su aplicación solo podría proyectarse sobre acciones realizadas por Estados, y la DUI no podría calificarse como tal⁴⁰. El principio avala la presunción de que los Estados no están limitados en sus actuaciones y pueden ejecutarlas libremente, siempre que no contraríen normas del *ius cogens*. Pero, por su propia esencia, tal principio está inexorablemente vinculado a la soberanía estatal y, por consiguiente, pretende avalar el presupuesto de que las obligaciones que asume un Estado solo pueden proceder de su propia autolimitación⁴¹. Así pues, parece claro que dicho principio tiene por objeto salvaguardar la soberanía de los Estados en su actuación, pero en el caso de

³⁸ Austria, Dinamarca, Alemania y Croacia.

³⁹ CHRISTAKIS, T., "The ICJ Advisory Opinion on Kosovo: Has International Law Something to Say about Secession", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 24, 2011, p. 79.

⁴⁰ BORGÉN, C., "Advisory Opinion. Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo. Introductory Note", *International Legal Materials*, Vol. 49 (5): 2010, p. 1406.

⁴¹ CHRISTAKIS, T. "The ICJ Advisory Opinion on Kosovo...", cit., p. 80.

Kosovo habría sido invocado a favor de los autores de la DUI, precisamente en contra del estado serbio. Tal situación generó una auténtica paradoja: aplicar el principio del *caso Lotus* no a favor de un Estado, sino en contra de la soberanía de un Estado, insinuando con ello que las entidades que se encuentran dentro de su territorio tendrían derecho a declarar su independencia, como si ya fueran un Estado antes de serlo.

En todo caso, como ya hemos apuntado y luego veremos, la argumentación de la Corte con relación a Kosovo no se sustenta sobre la idea de que la secesión y las declaraciones de independencia se producen en un ámbito no regulado (por tanto, de libre disposición) por parte del Derecho internacional. La correcta interpretación de la tolerancia y la neutralidad del Derecho internacional no están en la línea del *caso Lotus* y tampoco fueron la clave argumentativa de la Corte para el asunto de Kosovo⁴².

2.4. ¿Podía la Corte modificar la pregunta planteada por la Asamblea General?

Como sabemos, la Asamblea General, a propuesta de Serbia, preguntó a la Corte sobre si la DUI era 'conforme con el Derecho internacional' e incluyó en la formulación de la pregunta la afirmación de que los autores de la DUI fueron 'las Instituciones Provisionales de Autogobierno de Kosovo (PISG)'.

La Corte se planteó, como cuestión previa, si podía o no modificar el sentido de la pregunta formulada en la Resolución 63/3 de la Asamblea General, para concluir afirmativamente, pero de forma sesgada, condicionando con ello su decisión final, de acuerdo con dos premisas que, de partida, resultaban muy discutibles. Por un lado, desvirtuó la estricta literalidad de la pregunta diciendo

⁴² PETERS, A., "Does Kosovo Lie in the Lotus-Land of Freedom?", cit., p. 101.

que no se le pedía pronunciarse sobre los problemas de Derecho internacional que planteaba la DUI, sino solo sobre si el Derecho internacional la prohibía (no era ese el sentido de lo preguntado); y por otro lado, se alejó explícitamente de esa literalidad sosteniendo que, pese a lo establecido por la propia Resolución y lo afirmado por muchos Estados participantes en los debates ante la Asamblea General y en las alegaciones escritas que estos enviaron a la Corte (incluidos muchos de los que se abstuvieron⁴³ e incluso votaron en contra⁴⁴), podía y debía cuestionar la autoría de la DUI. Veamos detenidamente ambos aspectos y nuestra valoración sobre el acierto o error de la Corte en cada una de las decisiones.

2.4.1. Decisión de pronunciarse solo sobre la legalidad de la DUI

Recurriendo a su propia jurisprudencia, la Corte comenzó recordando que cuando en ocasiones precedentes la pregunta no se había formulado de manera adecuada, cuando no reflejaba las “cuestiones jurídicas realmente procedentes”, o cuando la cuestión formulada era poco clara o vaga, la Corte había decidido apartarse de la redacción de la cuestión planteada⁴⁵. A primera vista se podría pensar que la Corte iba a abordar las cuestiones jurídicas

⁴³ Véanse, por ejemplo, entre los Estados que se abstuvieron, las intervenciones de las delegaciones del Reino Unido (A/63/PV.22, p. 3) y Francia (*ibid.*, p. 9), o las exposiciones escritas (en adelante, E.E.) de Argentina (párr. 116), República Checa (E.E., p. 10), Países Bajos (E.E., p. 7). Solo unos pocos Estados habían manifestado previamente al Dictamen que consideraban que la declaración no había sido realizada por la Asamblea de Kosovo. Entre ellos, Austria (E.E., párr. 16 y ss.), Luxemburgo (E.E., párr. 13), Noruega (E.E., párr. 13), Reino Unido (E.E., párr. 1.12) y Suiza (E.E., párr. 79)

⁴⁴ Entre los Estados que votaron en contra, véase la posición de Estados Unidos (A/63/PV.22, p. 5), de los representantes del propio Kosovo, que pretendieron ver justo lo contrario (Contribución escrita adicional de Kosovo, nota 32) o la de la propia Albania (E.E., párr. 103-105).

⁴⁵ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párrafo 50.

realmente relevantes del caso, no mencionadas expresamente en la resolución, y que iba a emitir un dictamen esclarecedor a futuro sobre dos cuestiones fundamentales en el Derecho internacional contemporáneo en relación con este tipo de declaraciones: por un lado, la siempre conflictiva relación entre dos de los grandes principios de la Carta, el de la integridad territorial de los Estados y el de la libre determinación de los pueblos⁴⁶, y, por otra, sobre la validez y efectos jurídicos de los reconocimientos. Pero nada más lejos de la realidad. Como señaló el juez Koroma, en casos precedentes la Corte había reformulado la pregunta en un esfuerzo por que se adecuara lo más posible a la intención de la institución que había solicitado el dictamen, pero en este caso la Corte hace justo lo contrario, ya que el resultado es una pregunta completamente nueva⁴⁷. En este caso, la Corte considera que, de haber querido que se pronunciara sobre estos extremos, la Asamblea General habría sido tan explícita como lo fue en los casos del Sudoeste Africano y de la construcción del muro israelí en los territorios ocupados palestinos, en los que la solicitud de dictamen preguntaba expresamente por las consecuencias jurídicas⁴⁸. Ni siquiera explica por qué razón considera que en este caso “se había formulado de manera adecuada la pregunta”, o que la “cuestión jurídica realmente procedente” es analizar simplemente si el Derecho internacional prohíbe o no la DUI. Concluye que, por lo tanto, “no considera necesario

⁴⁶ Ésta era abiertamente la esperanza de muchos de los Estados que intervinieron ante la Asamblea General antes y después de la votación de la Resolución 63/3. Así, por ejemplo, véanse las intervenciones de las delegaciones de Serbia (A/63/PV.22, p. 2), Rumania (*ibid.*, p. 7), Egipto (*ibid.*, p. 8), Comoras (*ibid.*, p. 10), Argentina (*ibid.*, p. 13) o El Salvador (*ibid.*, p. 16).

⁴⁷ Opinión disidente del Juez KOROMA, párr. 3. En el mismo sentido, Opinión del juez SEPÚLVEDA-AMOR, párr. 29.

⁴⁸ Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste africano), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, *OPINIÓN CONSULTIVA, I.C.J. Reports* 1971, y Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, *OPINIÓN CONSULTIVA* de 9 de julio de 2004, *I.C.J. Reports* 2004.

abordar cuestiones tales como si la declaración ha desembocado o no en la creación de un Estado o cuál es el estado de los actos de reconocimiento a fin de responder a la cuestión planteada por la Asamblea General”, y que, por ello, “no hay motivos para reformular el alcance de la cuestión”⁴⁹.

En definitiva, aunque la Corte calificara expresamente la pregunta presentada por la Asamblea General como “claramente formulada, tratándose de una cuestión acotada y específica”⁵⁰, y afirmara atenerse a la literalidad de la misma en su respuesta, la realidad es que la manipuló cambiando el sentido de lo preguntado: no es lo mismo determinar si una acción se ‘adecúa al Derecho internacional’, que determinar ‘la existencia de una norma de Derecho internacional que la prohíba’. En efecto, con esa sibilina reformulación, de manera no explícita pero sí implícita, se estaba condicionando el sentido de la respuesta hacia una dirección que no podía deducirse directamente de la formulación original de la pregunta.

2.4.2. Decisión de replantear la autoría de la DUI

Leída la decisión de la Corte en este punto, a la vista de su decisión final sobre el tema, resulta difícil no concluir que el único modo de sostener que la DUI no violaba el Derecho internacional consistía en desmontar la afirmación sobre la autoría de la DUI contenida en la propia formulación de la pregunta. Si, como se deduce de su propia argumentación⁵¹, la DUI hubiera sido proclamada por la ‘Asamblea Provisional de Kosovo’ en el marco del régimen interino de administración autónoma (PISG), podría –debería– llegarse a la conclusión de

⁴⁹ *Ibidem*. En sentido contrario, Opinión del juez SEPÚLVEDA-AMOR, párrafos 34 y 55.

⁵⁰ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párrafo 51.

⁵¹ “La identidad de los autores de la declaración de independencia (...) es un aspecto que puede afectar la respuesta a la cuestión de si la declaración se ajusta o no al Derecho internacional” (*OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 52).

que sí violó el Derecho internacional, en la medida en que la Resolución 1244 (1999) tenía como objetivo que bajo esta Administración “el pueblo (Kosovo) pueda gozar de una autonomía sustancial en la República Federativa de Yugoslavia”

La Resolución 63/3 de la Asamblea General, de 8 de octubre de 2008 afirmaba expresamente “que el 17 de febrero de 2008 las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo (PISG) declararon su independencia de Serbia”, y planteaba la siguiente pregunta: “¿Se ajusta al Derecho internacional la declaración unilateral de independencia formulada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo?”. Como ya dijimos, en un sorprendente y descarado ejercicio de cinismo, a renglón seguido de afirmar expresamente que no había motivos para reformular la pregunta (para evitar entrar en cuestiones de fondo), la Corte procede directamente a hacerlo, y lo justifica argumentando que no sería compatible con el ejercicio adecuado de su función judicial dar por buena la afirmación de la Asamblea General sobre la autoría de la DUI afirmando que este órgano pretendió limitar el margen de maniobra a la Corte⁵². Al examinar esta cuestión concluye que quien hizo la DUI no fue la Asamblea Provisional de Kosovo, en su condición de institución provisional de administración autónoma, sino que los autores fueron “personas que actuaron de forma concertada en su calidad de representantes del pueblo de Kosovo, fuera del cuadro de administración interina”⁵³. En consecuencia, la pregunta quedaría reformulada en los siguientes términos: “¿*Se ajusta al Derecho internacional la declaración unilateral de independencia de Kosovo?*” (excluyendo de la pregunta la expresión “formulada por las instituciones provisionales de autogobierno”). De hecho, la denominación oficial que finalmente adopta la opinión consultiva, “*Opinión consultiva de la Corte*

⁵² *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 52.

⁵³ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 109.

Internacional de Justicia sobre la conformidad con el Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo”, la Corte la extrae del título de la Resolución 63/3 de la Asamblea General, que es diferente de la pregunta formulada por la Asamblea General.

Así, de una forma aparentemente inocente, se orienta de manera decisiva la conclusión final de la Corte, que insiste en un detalle supuestamente favorable a dicha interpretación: “en los debates sobre el proyecto de resolución no se examinó la identidad de los autores de la declaración ni la diferencia de redacción entre el título de la resolución y la cuestión que se planteó a la Corte”⁵⁴. Pero la Corte omite la razón evidente de esto: si no se llegó a debatir la cuestión fue, lógicamente, porque se dio por sentado que quienes habían redactado y proclamado la DUI fueron precisamente las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo (PISG).

Pero recurriendo a los propios argumentos de la Corte, si la Asamblea General hubiera tenido dudas al respecto, las habría planteado expresamente en la pregunta. Acudiendo a la propia jurisprudencia de la Corte, si la Asamblea General hubiera dudado sobre la autoría de la DUI bien podría haber planteado la cuestión en términos similares a como lo hiciera cuando solicitó la Opinión consultiva sobre el Sahara Occidental, a través de preguntas sucesivas como, por ejemplo: “¿Fue la Asamblea General de Kosovo, en su condición de institución provisional de autogobierno, quien realizó la DUI? En caso afirmativo, ¿se ajusta tal DUI al Derecho internacional?; en caso negativo, ¿violan el Derecho internacional los Estados que han reconocido a Kosovo?”⁵⁵.

⁵⁴ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 53.

⁵⁵ En el caso del Sahara Occidental, la pregunta formulada por la Asamblea General señalaba en dos partes: “¿Era el Sahara Occidental (Río de Oro y Sakiet El Hamra) en el momento de la colonización por España un territorio que no pertenecía a nadie (*terra nullius*)? Si la respuesta a la primera pregunta fuera negativa, ¿cuáles eran los vínculos jurídicos entre este territorio y el

De esta forma se habría evitado tener que afirmar algo tan obvio como que el Derecho internacional no dice nada respecto a la legalidad de una proclamación realizada por un grupo de personas más o menos organizadas.

Por otra parte, afirmar que la Asamblea General no estableció que fueran las PISG (autoridades provisionales) de Kosovo quienes declararon la independencia, además de suscitar una gran perplejidad proyectaba una sombra preocupante sobre el valor y la efectividad de los hechos establecidos por la Asamblea General, tanto en las disposiciones previas como en las operativas de sus resoluciones⁵⁶.

En efecto, en su jurisprudencia anterior, la Corte asumió sin titubeos que las determinaciones de hecho y de derecho realizadas por el Consejo de Seguridad o la Asamblea General tenían la misma fuerza obligatoria que las resoluciones en las que estos se contenían⁵⁷. Sin embargo, en este caso, no lo entendió así y procedió a modificar la situación de hecho, al efecto de poder justificar que la DUI no vulneró la Resolución 1244 (1999) porque no fue redactada por las PISG.

Para llegar a esa conclusión se utilizan algunos argumentos cuya mera lectura, como explicaremos en el siguiente apartado, produce una cierta vergüenza ajena. Por una parte, se interpreta libremente la intencionalidad de algunos de los actores en el conflicto ante la DUI, y, por otra, se recurre a argumentos

Reino de Marruecos y la entidad mauritana?”. Hannum propone la siguiente pregunta: ‘Does the recognition by states of the juridical independence of Kosovo violate their obligations under international law not to interfere with the territorial integrity and political independence of Serbia?’ (HANNUM, H., “The Advisory Opinion on Kosovo: An Opportunity Lost, or a Poisoned Chalice Refused?”, *Leiden Journal International Law*, 24, N° 1, 2004, p. 158).

⁵⁶ KOHEN, M. y DEL MAR, K., “The Kosovo Advisory Opinion and UNSCR 1244 (1999): A Declaration”, *Leiden Journal International Law*, n° 24 (2011), p. 116.

⁵⁷ DIVAC ÖBERG, M. “The Legal Effects of United Nations Resolutions in the Kosovo Advisory Opinion”, *The American Journal of International Law*, Vol. 105 (1) 2011, p. 83.

formales de una consistencia más que cuestionable, como, en ocasiones, la propia Corte deja entrever.

La cuestión fundamental radica aquí en establecer si la Corte hizo lo correcto modificando unos hechos que ya habían sido calificados por la Asamblea General, tanto en el preámbulo de la Resolución 63/3 como en el contenido mismo de la pregunta que se le formulaba. ¿Hay razones que permitan avalar esta decisión?

Por supuesto que, en línea de principio, es posible que un órgano político de Naciones Unidas pueda establecer unos hechos o una calificación jurídica de los mismos que posteriormente la Corte pueda considerar erróneos, dado que la función de esta consiste precisamente en determinar y juzgar hechos en tanto que órgano judicial de la ONU. Sin embargo, en opinión de muchos internacionalistas, esto solo podría producirse ante una situación excepcional, después de haber realizado un profundo y riguroso análisis jurídico basado en un altísimo estándar probatorio, algo que la Corte nunca realizó en el caso de Kosovo. En efecto, ni durante el debate que tuvo lugar en la Asamblea General, ni en las posteriores alegaciones que realizaron ante la Corte, ningún Estado planteó la posibilidad de que la DUI hubiera sido formulada por alguien distinto a las autoridades provisionales (PISG). Es más, los Estados que reconocieron la independencia de Kosovo (Francia, Reino Unido y Estados Unidos) sí especificaron, en los correspondientes documentos de reconocimiento, que la autoría de la DUI correspondía a la Asamblea de Kosovo. A partir de ahí, no se vislumbraría base jurídica alguna para reformular la pregunta de la Asamblea General *en materia de hechos* por parte de la Corte⁵⁸.

Por otra parte, como también se sugirió, si la Corte entendía que la autoría de la DUI era distinta a la planteada por la Asamblea General, la consecuencia

⁵⁸ KOHEN, M. y DEL MAR, K., "The Kosovo Advisory Opinion...", cit., p. 118.

más coherente hubiera sido: o bien declinar la solicitud, invocando su facultad discrecional, por considerar que la pregunta no estaba correctamente formulada; o bien reformular efectivamente la pregunta pero no para evitar pronunciarse sobre el fondo, sino todo lo contrario, para dotarla de auténtico significado y abordar el análisis y las implicaciones de una secesión en el caso de Kosovo⁵⁹. O bien, lo que hubiera sido más coherente, es que la Corte hubiera abordado la cuestión misma de la autoría la DUI y hubiera respondido al núcleo del problema, es decir, a si las autoridades provisionales de Kosovo (PISG) tenían o no capacidad para aprobar una declaración unilateral de independencia⁶⁰.

Otros autores señalan que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, en ningún caso cabía reformular la pregunta, ya que esto requeriría de una norma específica de procedimiento que estableciera cómo debería realizarse ese cambio. Así pues, la Corte carecería de capacidad para modificar las preguntas que le formula la Asamblea General o el Consejo de Seguridad, necesitaría de una norma de procedimiento que le indicara cómo debería hacerlo⁶¹.

Dicho todo lo anterior y aceptando el peso de las razones esgrimidas, a nuestro juicio, cabría invocar algunas razones que podrían explicar o justificar, en cierto modo, este proceder avalado por la mayoría de los jueces de la Corte, no dando por establecido que los autores de la DUI fueran las autoridades provisionales de Kosovo (PISG). En primer lugar, porque, pese a todo, la Corte no podía pasar por alto que la pregunta había sido redactada por Serbia, el

⁵⁹ JACOBS, D. - YANNICK, R., "Waiting for Godot: An Analysis of the Advisory Opinion on Kosovo", cit., p. 340.

⁶⁰ YEE, S., "Analysis of the Advisory Opinion on Kosovo", *Leiden Journal International Law*, nº 24 (2011), p. 771.

⁶¹ KAMMERHOFER, J., "Begging the question? The Kosovo opinion and the reformulation of advisory requests", *Netherlands International Law Review*, Vol. 58, Nº 3, 2011, p. 11.

único Estado patrocinador de la Resolución 63/3 de la Asamblea General. Así pues, cuestionando la autoría establecida en la pregunta por la Asamblea General, la Corte se liberaba de la intencionalidad contenida en la pregunta y recuperaba una libertad plena para examinar el asunto y decidir por sí misma la identidad de los autores de la DUI.

Así pues, contra lo que pudiera parecer a primera vista, cuestionar un hecho establecido por la Asamblea General, lejos de contravenir el Derecho y poner en duda la función de la Corte, contribuía a reforzar su independencia en el ejercicio de su función judicial en aras de poder emitir una decisión imparcial, sin aceptar someterse implícitamente al patrocinador de la resolución (que era Serbia) ni condicionar de este modo su libertad de juicio.

Por otra parte, como se ha subrayado, la naturaleza de la función jurisdiccional que realiza la Corte permitiría calificar esta actuación como correcta, si se la considera como una cuestión de principios. En efecto, el proceso de determinación de los hechos, tal y como se realiza en la Corte, tiene un carácter distinto al que realiza la Asamblea General, lo cual puede llevar, ciertamente, a conclusiones distintas. Es decir, la ‘determinación de los hechos’ constituye uno de los componentes esenciales de la función jurisdiccional, y el órgano jurisdiccional por excelencia, que es la Corte, no puede renunciar a ella, de otra forma los órganos que solicitan su intervención podrían manipular los hechos, determinando con ello las premisas (fáctica y jurídica) del silogismo normativo y, condicionando de este modo el resultado (la decisión judicial). Algo así convertiría el papel consultivo (imparcial y cualificado) de la Corte en dudoso y cuestionable⁶².

⁶² DIVAC ÖBERG, M., “The Legal Effects of United Nations Resolutions in the Kosovo Advisory Opinion”, cit., p. 84.

Todo lo anterior hubiera adquirido pleno sentido si, como se esperaba, la Corte hubiera analizado a fondo la cuestión de la autoría de la DUI y se hubiera pronunciado sobre ella. Lamentablemente, no lo hizo así, devaluando con ello las razones que acabamos de exponer e incurriendo justamente en el defecto que, presuntamente, pretendió evitar; esto es, manipular la formulación de la pregunta, solo que en sentido contrario.

2.5. ¿Quiénes fueron realmente los autores de la DUI?

Como venimos diciendo, la Corte estimó que la autoría establecida por la Asamblea General no podía considerarse definitiva y decidió realizar su propio análisis del tema, a raíz del cual estimó que la DUI estaba fuera del marco creado por la Resolución 1244 (1999) y del 'Marco Constitucional' promulgado por la UNMIK. Invocó para ello, como sabemos, cinco razones: a) el lenguaje y la intención de la declaración, b) la falta de competencias de las PISG para tratar temas referidos a las relaciones exteriores de Kosovo, c) el proceso de adopción de la DUI, d) su no publicación en la Gaceta Oficial y e) la ausencia de una objeción por parte del Representante Especial o del Secretario General. A partir de estos argumentos, la Corte concluyó que no fueron las Instituciones Provisionales las que aprobaron la DUI, sino las personas que actuaron en calidad de representantes del pueblo de Kosovo y que, por ello, no estaban obligadas por el marco legal imperante al no ser destinatarios de la Resolución 1244 (1999)⁶³.

Es unánime la opinión de que aquí reside el eslabón más débil (si es que puede considerarse siquiera un eslabón) en la cadena argumentativa de la Opinión consultiva. Y ello es así, no tanto por el hecho de que la Corte reformulara la pregunta y cambiara los hechos aportados por la Asamblea

⁶³ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 109.

General (que, como dije, podría haber sido un acierto), sino por la escasísima consistencia de algunos de los argumentos aportados, que no resisten el más mínimo análisis y rayan en el sonrojo; en concreto, la intención de los declarantes a partir del lenguaje de la DUI (a la vista de la versión original en albanés) y el silencio del Representante Especial y del Secretario General de la ONU (por qué tenían que decir algo)⁶⁴.

En relación con la *intencionalidad*, en opinión de la Corte, los autores de la DUI no trataron de actuar en el marco de la administración autónoma provisional de Kosovo, ya que la Declaración “*refleja la conciencia de sus autores del fracaso de las negociaciones sobre el estatuto definitivo y del momento crítico que se había alcanzado para el futuro de Kosovo (...) y hacen hincapié en su determinación de alcanzar una ‘solución’ respecto del estatuto de Kosovo y dar al pueblo de Kosovo ‘una clara visión de su futuro’*”. Sin más elementos de juicio, concluye que los autores de la DUI no pretendían actuar dentro del marco normal del autogobierno provisional de Kosovo, sino que su objetivo era que Kosovo se convirtiera en “*un Estado independiente y soberano*”⁶⁵.

La intención, además de resultar difícil de probar fuera de lo consignado en documentos, nunca fue un criterio relevante en Derecho internacional⁶⁶. Pero, por si aquella peculiar argumentación no fuera suficiente, la Corte decidió también interpretar la falta de reacción (el silencio) del Enviado Especial del Secretario General⁶⁷ como una evidencia más de la intencionalidad de los autores de la DUI. ¿No era más lógico concluir que Martti Ahtisaari no se

⁶⁴ TRICOT, R. – SANDER, B., “Recent Developments: The Broader Consequences of the International Court of Justice’s Advisory Opinion on the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol 49, No. 2, 2011, p. 356.

⁶⁵ OPINIÓN CONSULTIVA, párr. 105.

⁶⁶ JACOBS, D. - YANNICK, R. “Waiting for Godot: An Analysis of the Advisory Opinion on Kosovo”, cit., pp. 346 y 347.

⁶⁷ OPINIÓN CONSULTIVA, párr. 108

pronunció sobre la cuestión porque bastante había hecho ya avalando la independencia con su informe (que, por cierto, no fue aprobado por el Consejo de Seguridad)?⁶⁸. El Representante Especial carecía de obligación o facultad legal alguna para reaccionar en contra de la DUI. Muchos interpretaron este silencio en la línea del relato de Sherlock Holmes “El curioso incidente del perro que no ladró a media noche”; es decir, como algo que estaba en el curso ordinario de las cosas, un acontecimiento que debió haberse producido y no se produjo⁶⁹. Pero es evidente que el silencio del Representante Especial ante la DUI estuvo completamente desligado de su apreciación sobre quiénes fueron los autores y bajo qué capacidades actuaron. Además de que era un silencio obligado por la teórica política de “neutralidad” del Secretario General en relación con la DUI⁷⁰. Esta política de neutralidad del SG era el resultado de la que consideraba su posición ante la falta de consenso dentro del Consejo de Seguridad y mientras no existiera mayor claridad en dicho órgano⁷¹.

En todo caso, no parece sostenible que un acto como la DUI pudiera adquirir legitimidad y fuerza jurídica por el mero silencio del Representante Especial (al margen de que, como es sabido, la interpretación del “silencio” en Derecho

⁶⁸ En este sentido, el Juez Tomka señala que: “*One is left with the impression that the Special Representative remained silent this time as he knew well the effort to implement, to the extent possible, the unendorsed Ahtisaari plan through the declaration adopted by Kosovo Assembly “in coordination with many of the countries most closely involved in stabilizing the Balkans”* (Opinión disidente del Juez TOMKA, párr. 34). El Juez Bennouna justifica tal silencio “*parce que l’instance politique, dont il dépend, (Ahtisaari) était dans l’incapacité de se prononcer sur le déroulement du processus en cours pour le règlement du statut futur du Kosovo.*” (Opinión disidente del Juez BENNOUNA, párr. 60).

⁶⁹ KOHEN, M. - DEL MAR, K. “The Kosovo Advisory Opinion...”, cit., p. 122.

⁷⁰ *Ibidem*. Como irónicamente han señalado estos autores, “*when there is silence, the Court can quite clearly hear the sound of a factual qualification being made, and when a factual qualification is made, the Court is hard of hearing*” (*Ibid.*, p. 123).

⁷¹ *Ibidem*.

internacional es sumamente delicada)⁷². Resulta paradójico, cuando no desconcertante, que la mayoría de los jueces de la Corte calificara el silencio del Representante especial como una afirmación de hechos en relación con la DUI y, sin embargo, decidiera calificar como ‘no establecida’ una afirmación expresa de hechos en sentido contrario realizada por la Asamblea General de la ONU⁷³.

Finalmente, la Corte interpreta el compromiso de los autores de la DUI de cumplir con las obligaciones establecidas por el Derecho internacional como una prueba más de que no intervinieron en condición de Asamblea de Kosovo⁷⁴. Pero es muy difícil entender qué tiene que ver lo uno con lo otro, si no es la intención de sus autores de “ganarse” el apoyo de la comunidad internacional, subrayando su compromiso con el Estado de Derecho, siguiendo el ejemplo de cuantos Estados accedieron a la independencia en la última década del siglo pasado.

Como la Corte es consciente de lo endeble de su argumentación, trata de vestirla con unas cuantas cuestiones formales, tales como el procedimiento mismo utilizado para la aprobación de la DUI (“*el procedimiento empleado para la declaración difiere del aplicado por la Asamblea de Kosovo para aprobar textos legislativos*”), el hecho de que el texto original en albanés no hiciera referencias a que la DUI fuera obra de la Asamblea de Kosovo, la autodenominación misma de las personas que aprobaron la DUI (“*los dirigentes democráticamente elegidos de nuestro pueblo*”), o el hecho de que no se

⁷² BERMEJO, R. - GUTIERREZ, C., “De la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 22 de julio de 20120, sobre Kosovo”, cit., p. 36.

⁷³ *Ibidem*. Como irónicamente han señalado estos autores, “*when there is silence, the Court can quite clearly hear the sound of a factual qualification being made, and when a factual qualification is made, the Court is hard of hearing*” (*Ibid.*, p. 123).

⁷⁴ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 106

remitiera la DUI al Enviado Especial del SG para su publicación en el Boletín Oficial⁷⁵. Y, para colmo, salva el escollo de que la DUI se realizara en el curso de una sesión extraordinaria de la Asamblea de Kosovo⁷⁶, reflejado expresamente en el informe del Secretario General de 28 de marzo de 2008⁷⁷, argumentando que se trataba del informe periódico ordinario sobre las actividades de la UNMIK, “*cuya finalidad era informar al Consejo de Seguridad de la evolución de la situación en Kosovo y no realizar un análisis jurídico de la declaración o de la calidad en que habían actuado quienes la habían aprobado*”⁷⁸.

La argumentación jurídica de la Corte resulta muy forzada y da la sensación de que, desde un principio, pretende afirmar que quienes realizaron la DUI no estaban obligados por las disposiciones de la Resolución 1244 (1999) para, de esta forma, evitar el examen de las cuestiones realmente relevantes de Derecho internacional suscitadas por el caso de Kosovo. Como se ha señalado, la Corte “deja traslucir su inquietud por lo delicado del asunto” y adopta una actitud básicamente “escapista”⁷⁹, evitando pronunciarse sobre un tema demasiado espinoso, desde el punto de vista político, como era el de si los pueblos no sometidos a dominación colonial tienen derecho a la secesión frente a los Estados en los que están integrados⁸⁰

⁷⁵ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 107

⁷⁶ La propia Corte recuerda en el relato de los hechos que “según los pasajes pertinentes de la declaración de independencia, los autores de la declaración, “reunidos en sesión extraordinaria el 17 de febrero de 2008 en Pristina, capital de Kosovo (...)” (*OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 74).

⁷⁷ S/2008/211, párr. 3

⁷⁸ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr.108

⁷⁹ GUTIÉRREZ, C. - BERMEJO, R., “De la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 22 de julio de 20120, sobre Kosovo”, cit., pp. 2-3 y 10.

⁸⁰ PEREA UNCETA, J.A., “Las cuestiones sobre Kosovo que no quiso responder el Tribunal de La Haya”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIV (2011) p 134.

A nuestro juicio, lo dicho por la Corte tenía el evidente objetivo de no hacer ninguna referencia a la existencia de un posible derecho de secesión o de libre determinación externa del pueblo kosovar, para lo cual la vía más sencilla consistía en ‘sacar’ a los autores de la DUI del marco legal aplicable – Resolución 1244 (1999) y Marco Constitucional– que eran normas de Derecho internacional. Ahora bien, si la Corte hubiera determinado que el Marco Constitucional pertenecía al Derecho interno, como así lo entendieron muchos internacionalistas, se hubiera evitado todo el problema que conllevó la determinación de la autoría. Ciertamente, constituye una verdad irrefutable que cualquier secesión viola el orden constitucional vigente del Estado en que se produce, pero al Derecho internacional eso ni le compete ni le interesa. De ahí que la única razón por la cual necesitaba la Corte establecer la autoría de los declarantes era porque había calificado al Marco Constitucional como perteneciente al Derecho internacional.

Ahora bien, una vez establecido que los autores de la DUI no eran las instituciones provisionales (PISG), sino unas personas particulares a título de líderes democráticamente electos como representantes del pueblo de Kosovo, en orden a realizar una declaración de independencia que respondiera a los deseos de la inmensa mayoría del pueblo kosovar de un Estado propio e independiente: ¿qué legitimidad y capacidad jurídica tenían estos particulares para realizar ese acto (la DUI) si no actuaban en su calidad de PISG?

La Corte argumentó que la DUI fue efectuada por personas que ocupaban cargos dentro del gobierno provisional de Kosovo y que fueron elegidos para tal fin. Pero resulta todo un contrasentido monumental afirmar que la capacidad de los autores de la DUI para realizar ese acto con validez jurídica deriva de su calidad de representantes del pueblo de Kosovo en el gobierno provisional (Asamblea de Kosovo), pero que ese acto concreto no fue un acto de la

Asamblea, porque sus miembros decidieron actuar como personas particulares al margen de sus funciones en esa Asamblea. Pero, si los autores de la DUI actuaron fuera del marco de la administración interna de Kosovo, ¿cómo es posible que hubieran actuado como representantes del pueblo de Kosovo? Y viceversa: Si no actuaron como representantes del pueblo de Kosovo en su Asamblea, ¿cómo pudieron haber actuado en nombre del pueblo de Kosovo? El nexo entre la libre voluntad del pueblo kosovar y la DUI solo podía garantizarse a través de los legítimos representantes que formaban parte de las autoridades provisionales (PISG). Si quienes redactaron la DUI no fueron ellos, entonces la DUI difícilmente podría responder a la legítima expresión de la voluntad mayoritaria del pueblo kosovar⁸¹. Si los autores de la DUI actuaron como miembros de las PISG, entonces podían reivindicar su representatividad y su capacidad para realizar actos con relevancia jurídica; pero si no lo hicieron como tales, entonces no tenían tal capacidad porque no ostentaban esa legitimidad representativa⁸².

Afirmar que la DUI fue aprobada por un grupo de particulares, como señaló la Corte, cuestionaría por sí misma su legitimidad, máxime cuando ni siquiera podía apoyarse en un referéndum de independencia (nunca realizado). ¿En virtud de qué legitimidad un grupo de particulares, actuando fuera del marco institucional, podía actuar en nombre del pueblo Kosovo sin ningún otro vínculo representativo con este?⁸³

⁸¹ CORINNE TAN, H., "The International Court of Justice's Advisory Opinion on the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo and its ramifications". (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1931970, 2010, pp. 15 y 16).

⁸² VIDMAR, J., "The Kosovo Advisory Opinion Scrutinized", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 24 (2) 2011, p. 8.

⁸³ *Ibid.*, p. 17.

2.6. ¿Era lógico concluir que la DUI no vulneraba ninguna norma de Derecho internacional?

Una vez establecida (atribuida) la autoría de la DUI, la Corte concluyó que los autores de la DUI no estaban vinculados por lo establecido en la Resolución 1244 (1999), ya que en ella no se contenía “una prohibición de proclamar la independencia vinculante para los autores de la declaración de independencia”, ni cabía deducir tal conclusión “de los términos de la resolución, interpretados en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Aun admitiendo que el tenor de la Resolución 1244 (1999) “es, en el mejor de los casos, ambiguo”⁸⁴, la Corte concluyó que la DUI no era un acto “destinado a surtir efectos (...) en el ordenamiento jurídico en el que operaban esas instituciones provisionales”, por lo que sus autores “no estaban vinculados por el marco de competencias y responsabilidades establecido para regular la actuación de las instituciones provisionales de autogobierno”⁸⁵.

Así pues, las premisas del razonamiento de la Corte quedaron establecidas del siguiente modo:

- a) La DUI fue realizada por “personas que actuaron de forma concertada en su calidad de representantes del pueblo de Kosovo, fuera del cuadro de administración interina” (aunque pertenecían a esa administración interina).
- b) La Resolución 1244 (1999) no establecía obligaciones ni prohibiciones para los autores de la DUI, porque no la realizaron en su calidad de miembros de las instituciones provisionales (PISG).

⁸⁴ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 118

⁸⁵ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 121

- c) Los autores de la DUI no violaron la Resolución 1244 (1999) ni el Marco Constitucional, puesto que no eran destinatarios de sus disposiciones.

En atención a estas tres premisas, la Corte llega a una conclusión “básica”⁸⁶: no existe una norma en Derecho internacional que prohíba que un grupo de personas realice una declaración de independencia en tales circunstancias, pues tales personas no están vinculadas con la obligación de mantener la integridad territorial, tal y como se preveía en la Resolución 1244 (1999). Realmente para este viaje no hacían falta alforjas⁸⁷, pues, de esta forma, la Corte acabó dando la razón a quienes se posicionaron en contra de la solicitud de una opinión consultiva por entender que no tendría utilidad alguna⁸⁸.

En efecto, basta leer la Resolución 1244 (1999) para afirmar que la DUI, sin una resolución posterior del Consejo de Seguridad modificando su posición respecto de sus anteriores resoluciones, es absolutamente incompatible con el Derecho internacional⁸⁹. En efecto, la mencionada resolución tiene como

⁸⁶ HANNUM, H., "The Advisory Opinion on Kosovo: An Opportunity Lost, or a Poisoned Chalice Refused?", cit., p. 155.

⁸⁷ SOROETA, "La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo de 22 de julio de 2010", cit., p. 14.

⁸⁸ Por ejemplo, véanse las intervenciones de las delegaciones del Reino Unido, especialmente prepotente, al afirmar que "La independencia de Kosovo es y seguirá siendo una realidad. El Gobierno de Serbia deberá decidir cómo aceptarla" (A/63/PV.22, pp. 2-3), Estados Unidos (*ibid.*, p. 5), Francia (*ibid.*, p. 9), Canadá (*ibid.*, p. 12), Alemania (*ibid.*, p. 13) o Dinamarca (*ibid.*, p. 15).

⁸⁹ CORTEN, O., "Déclarations unilatérales d'indépendance et reconnaissances prématures: Du Kosovo à l'Ossetie su Sud et Abhazie", *RGDIP*, 2008-4, pp. 739. Como ha señalado Concepción Escobar, la voluntad del Consejo de Seguridad expresada a través de sus resoluciones "no puede ser sustituida en ningún caso por su mero silencio" (ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., "La posición del reino de España en el procedimiento consultivo: una aproximación general", *REDI*, 63 (2011), p. 22)

objetivo “promover el establecimiento, hasta que se llegue a solución definitiva, de una autonomía y autogobierno sustanciales en Kosovo, teniendo plenamente en cuenta el anexo 2”, que señalaba, como es bien sabido, lo siguiente: *“5. El establecimiento, que decidirá el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de una administración provisional en Kosovo como parte de la presencia internacional civil que permita al pueblo de Kosovo disfrutar de una autonomía sustancial dentro de la República Federativa de Yugoslavia”*.

Sin embargo, la DUI no pretende ‘una autonomía sustancial’ sino la creación de un nuevo Estado, algo que contradice frontalmente lo establecido por la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad. Como ha señalado M. Paz Andrés, la Corte ampara “una ficción conforme a la cual un órgano establecido para garantizar una autonomía sustancial de gobierno se puede convertir, de forma unilateral y mediante un ejercicio de transformismo político, en un poder constituyente y de esa forma escapar de las normas aplicables”⁹⁰.

Pero la Corte no quiso ir más allá del ‘no prohíbe’ y por ello restringió cualquier interpretación maximalista precisando que ‘tampoco avala’. De ahí su cuidadosa redacción:

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

⁹⁰ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P., “Kosovo, todo por el Derecho internacional, pero sin el Derecho internacional”, cit., p. 4-8.

Tal y como señaló el juez Koroma, la afirmación de la Corte de que el Derecho internacional ni autorizaba ni prohibía las DUI solo tenía sentido si se hacía en abstracto; no en un caso concreto en el que, en función de las circunstancias, la DUI podría ser contraria al Derecho internacional⁹¹. En opinión de Koroma, la Corte debió concluir que, con independencia de que pudiera defenderse su legalidad, la secesión unilateral de un territorio de un Estado sin el consentimiento de este, como era el caso de Kosovo, sí era una cuestión que afectaba al Derecho internacional⁹².

2.7. ¿En qué situación jurídica quedaba Kosovo tras la decisión de la Corte?

Como ha destacado Araceli Mangas, la arrogancia de la UE apoyando abiertamente el proceso de independencia de Kosovo, llegó a tal punto que la EULEX fue creada apenas cuatro días antes de que se produjera la DUI, aun aceptando que se iba a producir, sin autorización de la ONU⁹³. Como indicó esta autora, aunque las instituciones europeas denunciaron las violaciones de derechos humanos producidas en el territorio durante los años más cruentos, en esos documentos nunca se cuestionó la integridad territorial de Serbia, sin embargo, trataron a Kosovo “como si fuera un Estado antes y después de

⁹¹ Christakis defiende la existencia en el Derecho internacional de una presunción contra la eficacia de la secesión y a favor de la integridad territorial de los Estados, que pueden utilizar todos los medios lícitos a su alcance para luchar contra la secesión (CHRISTAKIS, T., “The ICJ Advisory Opinion on Kosovo: Has International Law Something to Say about Secession?”, cit., p. 83-84).

⁹² Opinión disidente del Juez KOROMA, párr. 20.

⁹³ MANGAS MARTÍN, A., “Kosovo y Unión Europea: una secesión planificada”, cit., p. 117. Sobre la denominada “perspectiva europea” de Kosovo, véase este artículo de la profesora Mangas, en especial p. 113 y ss.

2008⁹⁴. De ahí la abierta oposición a la llegada de EULEX por parte de Belgrado y de la población serbia del norte del Kosovo, puesto que, con razón, consideraron que la UE se había convertido en el principal valedor –junto a los Estados Unidos– de la presunta independencia del territorio⁹⁵.

En definitiva, tanto la neutralidad de la ONU tras el informe favorable a la independencia de Ahtisaari, como la de la UE con el despliegue de EULEX, quedaron absolutamente en entredicho. Pero lo relevante es que la DUI y el despliegue de EULEX en el territorio han tenido como consecuencia un ajuste gradual de la configuración y el tamaño de la UNMIK, mediante sucesivos acuerdos, pero sin que el Consejo de Seguridad haya aprobado una nueva resolución modificando su mandato, lo cual constituye una inquietante irregularidad, que pone otra vez de relieve la prepotencia de la UE, que aplica directamente una política de *faits accomplis*⁹⁶.

La propia Corte afirmó que ni la Resolución 1244 (1999) ni el Marco Constitucional contenían cláusulas que previeran su terminación, ni fueron derogados, por lo que “*constituían el Derecho internacional aplicable a la situación imperante en Kosovo el 17 de febrero de 2008*”⁹⁷. Y, en principio, lo siguen siendo en la actualidad pues, pese a los denodados esfuerzos de algunos Estados por poner punto final a la administración creada por la Resolución 1244 (1999) mediante la aprobación de una nueva resolución del Consejo de Seguridad, el veto ruso a esta posibilidad deja el estatuto jurídico

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 112.

⁹⁵ SOROETA, J., “La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo de 22 de julio de 2010”, cit., p. 17.

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ OPINIÓN CONSULTIVA, párr. 191

del territorio, con la presencia de KFOR, UNMIK y EULEX, en un limbo jurídico, al que tan aficionado es su principal valedor: Estados Unidos⁹⁸.

A la vista del alto grado de incertidumbre institucional generado por la DUI y teniendo en cuenta que la permanencia de la ONU en Kosovo sigue siendo necesaria para preservar la paz y seguridad internacionales en la región⁹⁹, la Corte debería haberse pronunciado sobre esta cuestión pese a que la Asamblea General no se lo hubiera pedido expresamente. En cuanto que órgano consultivo principal de Naciones Unidas difícilmente se le hubiera podido criticar por tratar de aclarar el estatus jurídico de la presencia de la Organización en un territorio aparentemente abandonado a la más pura efectividad¹⁰⁰. Como señaló el juez Koroma, la DUI violaba el Derecho internacional, entre otras razones, porque su objetivo era poner fin a la presencia internacional en Kosovo establecida por la Resolución 1244 (1999), algo que solo el Consejo de Seguridad podía decidir¹⁰¹. A falta de una nueva resolución del Consejo de Seguridad, y dado que la condición estatal de Kosovo continúa siendo una cuestión abierta, la afirmación de la Corte en el sentido de que la DUI no violó la Resolución 1244 (1999) “*does not mean that Serbia is not entitled to rely on the Resolution regarding its claims of territorial integrity*”¹⁰²: la “República de Kosovo” afirmada por la DUI sigue siendo, al menos a día de hoy, una quimera.

⁹⁸ SOROETA, J., “La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo de 22 de julio de 2010”, cit., p. 18

⁹⁹ Opinión Separada del Juez CANÇADO TRINDADE, párr. 231

¹⁰⁰ SOROETA, J., “La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo de 22 de julio de 2010”, cit., p. 18

¹⁰¹ Opinión disidente del juez KOROMA, párr. 11 y 14.

¹⁰² 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, nº. 08, p. 839.

2.8. La violación de derechos humanos, la '*cláusula de salvaguardia*' y la teoría de la '*secesión remedio*'

No hay duda de que la cuestión planteada por la Asamblea General obligaba a conjugar los dos grandes principios en juego: el de integridad territorial de los Estados y el de autodeterminación de un territorio dentro de un Estado. Y resultaba obvio que un pronunciamiento expreso de la Corte sobre ese tema era lo que muchos Estados esperaban. Sin embargo, al mismo tiempo, existía un gran temor sobre lo que pudiera decir la Corte y que su opinión pudiera acarrear graves problemas a otros lugares del mundo en los que existían (y todavía existen) reivindicaciones secesionistas. Este temor fue el que propició que esos Estados, la Asamblea General y la propia Unión Europea insistieran obsesivamente en el carácter "particular", "*sui generis*" del asunto de Kosovo¹⁰³.

Los Estados intervinientes se mostraron prácticamente unánimes en la calificación de Kosovo como un 'caso particular' (incluidos los contrarios a la validez de la DUI), aunque esgrimieron razones diferentes: para unos, la particularidad se derivaba del estatuto de Kosovo en la Constitución yugoslava de 1974 o el desmantelamiento no consentido y violento de Yugoslavia; para otros, la causa radicaba en las violaciones de derechos humanos habidas entre 1989 y 1999 que conllevó el establecimiento de una administración internacional en el territorio desde 1999; para otros, del agotamiento de todas las posibilidades de negociación y de la voluntad de la mayoría de la población favorable a la independencia de Kosovo, o del supuesto apoyo a la independencia por parte de la ONU y de la Unión Europea... Todas esas argumentaciones coincidían en un aspecto: el establecimiento de una

¹⁰³ CONSEJO DE LA UE. Conclusiones sobre Kosovo, de 18 de febrero de 2008.

administración internacional en Kosovo provocada por las graves violaciones de derechos humanos. Pero, como señaló Serbia, todos los casos de esta índole son únicos, y ello no impide que se aplique el Derecho internacional a hechos particulares: el pretendido carácter *sui generis* de la situación de Kosovo no constituiría en sí una base jurídica para la secesión¹⁰⁴.

Nadie dudaba de que Kosovo era un caso *sui generis*, como tantos otros que se habían planteado a la comunidad internacional (el mapa africano permite encontrar no pocas “particularidades” mucho más graves que la de Kosovo). Pero el núcleo de esa consideración para Kosovo radicaba, a nuestro juicio, en aquello que todos los países suscitaron como rasgo definitorio esencial de la situación: las graves violaciones de derechos humanos, quizás ya superadas por la acción de la administración internacional, pero que convertían en prácticamente imposible la convivencia entre serbios y kosovares, no solo a medio, sino a muy largo plazo. Por consiguiente, como “solución”, o como “remedio”, la secesión (independencia) de Kosovo propuesta por Ahtisari aparecía en el horizonte como la única opción posible¹⁰⁵.

Aunque muchos Estados alegaron en sus exposiciones que la DUI había violado la integridad territorial de Serbia¹⁰⁶ la Corte consideró que se trataba de un principio que solo afecta a las relaciones internacionales entre Estados – apoyándose en la Resolución 2625 (XXV), el derecho consuetudinario y del Acta Final de Helsinki–, por consiguiente, que no vinculaba a actores no estatales, como era el caso. Dado que varios Estados invocaron el precedente

¹⁰⁴ SOROETA, J., “La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo de 22 de julio de 2010”, cit., p. 18

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 19.

¹⁰⁶ Libia (ap. 3.1), Rumania (en especial, ap. 62, 97-98 y 109), China (p. 5), Chipre (p. 32-45), Eslovaquia (párr. 26), España (en especial p. 20-43).

de las DUI de Chipre septentrional o de Sprska, a las que el Consejo de Seguridad consideró expresamente contrarias al principio de integridad territorial de Chipre y de Bosnia y Herzegovina respectivamente, la Corte justificó esas decisiones por las circunstancias en que se produjeron. Así pues, la ilegalidad de esas declaraciones no se derivaba de su carácter unilateral, “sino del hecho de que iban o habrían ido acompañadas de un uso ilícito de la fuerza o de otras infracciones graves de las normas del Derecho internacional general, en particular las de carácter imperativo (*ius cogens*)”. Ese carácter excepcional confirmaría que de la práctica del Consejo de Seguridad “no cabe inferir ninguna prohibición general de las declaraciones unilaterales de independencia”¹⁰⁷.

Resulta relevante que en el caso de la autoproclamada República de Sprska, la Resolución 787 (1992) del Consejo de Seguridad manifestaba su profunda preocupación “por las amenazas a la integridad territorial de la República de Bosnia y Herzegovina, que, como Estado Miembro de las Naciones Unidas, disfruta de los derechos enunciados en la Carta de las Naciones Unidas”, y afirmaba “que no se aceptará ninguna entidad declarada unilateralmente ni arreglos impuestos con violación de esa integridad”. Es decir, a pesar de las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario, la resolución no invoca este motivo para justificar expresamente su rechazo a la DUI, sino que apela únicamente a la “integridad territorial de un Estado Miembro de las Naciones Unidas”, lo que, *mutatis mutandis*, podría haberse aplicado a Kosovo. Probablemente, como afirma Soroeta, fuera esta la razón por la cual la Corte evitó mencionar en su decisión la intervención de la OTAN, de muy dudosa legalidad, ya que al referirse a los

¹⁰⁷ OPINIÓN CONSULTIVA, párrafo 80. Si bien es cierto que en el caso de Chipre la DUI es consecuencia de la ocupación militar del territorio, (SOROETA, J., “La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo de 22 de julio de 2010”, p. 19).

casos de Sprska y Chipre afirmaba que la ilegalidad de las DUI provenía del hecho de ir o haber ido “acompañadas de un uso ilícito de la fuerza o de otras infracciones graves de las normas del Derecho internacional general”¹⁰⁸.

Más allá de estos precedentes y sin entrar en mayores disquisiciones parece evidente que, en el caso de Kosovo, la DUI violó la integridad territorial de Serbia, si aceptamos que la DUI fue aprobada por la Asamblea General de Kosovo (que era un actor internacional ya que había sido creado en virtud de una Resolución del Consejo de Seguridad) con el objeto de producir la secesión de ese territorio. Sin embargo, aunque esta afirmación pueda sostenerse en primera instancia, debería matizarse mucho atendiendo al contexto en que se produce, que es el conflicto de la población albanokosovar frente a Serbia desde el momento en que se derogó su autonomía. Atendiendo a esa singular situación, podrían invocarse razones de peso que justificaran la legalidad de la secesión, en aplicación de la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General.

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

“Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de

¹⁰⁸ SOROETA, J., “La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo de 22 de julio de 2010”, p. 19.

los pueblos antes descritos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color”.

Como algunos subrayaron, teniendo en cuenta el contexto de graves discriminaciones y violaciones de derechos humanos sufridas por la población albanokosovar, que obligó a establecer la administración internacional, y teniendo en cuenta que la DUI se planteó, en el seno de este contexto, como la única una solución razonable y posible a esas graves violaciones de derechos humanos, podría estar justificada la aplicabilidad de esa cláusula. La propia Serbia entendió que Kosovo, más allá de constituir un caso *sui generis*, constituiría una ‘categoría jurídica’ (aunque niega su aplicabilidad al caso), pudiendo convertirse en un precedente aplicable a casos similares¹⁰⁹.

Si la Corte hubiera basado su decisión en la *cláusula de salvaguardia* no hubiera sido necesario insistir en el carácter excepcional del caso kosovar, puesto que la cláusula constituye precisamente la excepción a la regla. En efecto, si la Corte hubiera afirmado, como hubiera sido lo coherente, que el Derecho internacional solo avalaría el derecho de secesión de un territorio en una situación extrema de violaciones masivas de derechos humanos (como así era en el caso de Kosovo en el momento en que se aprobó la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad), el asunto se hubiera convertido en un precedente, lo cual habría supuesto, además, un gran avance para el Derecho internacional, puesto que la Corte habría contribuido a esclarecer el alcance del derecho de autodeterminación de los pueblos fuera del contexto colonial¹¹⁰.

¹⁰⁹ SOROETA, J., “La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo de 22 de julio de 2010”, cit., p. 20.

¹¹⁰ *Ibidem*.

Como ya vimos, en sus alegaciones ante la Corte, fueron mayoría los Estados, incluida la representación de Kosovo, que apelaron directamente al contenido actual del derecho de autodeterminación, y, en particular, a su aplicabilidad al caso. Se trata, obviamente, de una cuestión clave en el Derecho internacional contemporáneo y, como puso de relieve el juez Simma, la Corte debería haberse pronunciado al respecto¹¹¹.

Aunque algunos autores¹¹² mantienen que el derecho a la libre determinación de los pueblos experimentó una evolución a partir del conflicto yugoslavo, para comenzar a aplicarse fuera del contexto de la descolonización, los hechos demuestran que este derecho apenas ha evolucionado desde finales de los años setenta. Las referencias al derecho de autodeterminación en los procesos de desmembramiento de Estados que se produjeron en la última década del siglo XX lo que pretendían era justificar el carácter democrático de los nuevos Estados; es decir, más que de secesión se ha tratado de un fenómeno de sucesión de Estados que nada tiene que ver con la institución creada por Naciones Unidas para llevar a cabo la descolonización. En este sentido, como hemos apuntado, la propia representación de Kosovo admitió en sus alegaciones que el Derecho internacional no reconoce el derecho de crear un Estado en el interior de otro ya existente, y habló con propiedad de “secesión”, al apuntar la posibilidad de que se le aplicara la cláusula de salvaguardia¹¹³.

Aunque no existen precedentes en la práctica internacional, cada día se acepta más la posibilidad de invocar la *cláusula de salvaguardia* o “cláusula

¹¹¹ Declaración del Juez SIMMA, párr. 5-17; en especial, párr. 7.

¹¹² RYNGAERT, C., y SOBRIE, S., “Recognition of States: International Law or Realpolitik? The Practice of Recognition in the Wake of Kosovo, South Ossetia, and Abkhazia”, *LJIL*, 24 (2011), p. 485.

¹¹³ CONTRIBUCIÓN ESCRITA ADICIONAL de la República de Kosovo, de 17 de julio de 2009, párr. 4.36 a 4.39.

democrática”¹¹⁴ a los casos en que a un pueblo, que forma parte de un Estado, se le impide ejercer el derecho de autodeterminación interno, discriminando y violando gravemente los derechos humanos, como era, al menos en los años noventa del siglo XX, el caso de Kosovo. Muchos se han pronunciado en este sentido¹¹⁵. No obstante, teorizar sobre el derecho de autodeterminación no es nada fácil y eso explica que algunos autores lo consideren como una aplicación directa de la cláusula de salvaguardia, otros apelen a la «secesión como remedio» a las discriminaciones y violaciones de derechos humanos («*remedial secession*», «*secesión remède*», “*sécession à titre de recours*”), como si se tratara de instituciones diferentes, cuando en realidad son una misma cosa. De hecho, los Estados utilizan en sus intervenciones ante la Corte estas expresiones indistintamente¹¹⁶.

En sus intervenciones ante la Corte, como dijimos, muchos Estados se refirieron expresamente a la mencionada cláusula, siempre con la cautela y prudencia propias de quien posee la condición de Estado, aunque las razones y argumentaciones fueron muy dispares. Un primer grupo de Estados defendió abiertamente su aplicabilidad al caso de Kosovo (Albania, Alemania, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Holanda, Irlanda, Polonia y Suiza¹¹⁷), aunque algunos de ellos lo condicionaron al cumplimiento de dos requisitos previos: una negación

¹¹⁴ Prefiere la expresión “cláusula democrática”, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “La posición del reino de España en el procedimiento consultivo: una aproximación general”, cit., p. 19.

¹¹⁵ En la doctrina internacionalista cada día es más aceptada esta posibilidad. CASSESE, A. *Self-determination of peoples. A legal reappraisal*, cit., p. 108-125, TOMUSCHAT, C., “Secession and self-determination”, en KOHEN, M.G., *Secession: International Law Perspectives*, New York, Harper 2006.

¹¹⁶ SOROETA, J., “La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo de 22 de julio de 2010”, cit., p. 21.

¹¹⁷ E.E. de Albania (párr. 81), Dinamarca, (pp. 12-13), Eslovenia, pp. 2-3, Finlandia, párr. 12, Holanda (párr. 3.10, 3.17 y 3.21), Irlanda (párr. 27-34), Letonia (pp. 1-2), Polonia (ap. 6.1-6.10), Suiza (párr. 67-68 y conclusión d, p. 27)

profunda y duradera de la autodeterminación interna, y que la secesión fuera la *ultima ratio* (Alemania, Estonia, Holanda e Irlanda)¹¹⁸. Otros la invocaron en sentido contrario, para negar la necesidad de aplicarlo al caso de Kosovo (Reino Unido)¹¹⁹. Y otro grupo numeroso de Estados la rechazaron expresamente: En unos casos, admitiendo esta posibilidad en general, pero rechazando su aplicación al caso de Kosovo, porque las violaciones de derechos humanos habrían cesado en 1999 y no serían suficientes para justificar el desmembramiento de un Estado (Chipre, Bolivia, Eslovaquia o Rumanía¹²⁰); todo ello aunque los representantes de Kosovo negaban que la situación hubiera mejorado desde entonces¹²¹. En otros casos (la Federación Rusa) aceptando esa posibilidad tan solo para situaciones extremas, entendiendo por tal un ataque armado llevado a cabo por el Estado poniendo en peligro la existencia misma del pueblo en cuestión¹²². En otros casos, dicha posibilidad fue negada en cualquier circunstancia (España, Irán o Serbia¹²³).

En opinión de algunos autores, el único obstáculo para poder afirmar que el caso de Kosovo respondía a la previsión de la *cláusula de salvaguarda* fue la fecha en que se llevó a cabo la DUI, pues como vimos, fueron muchos los Estados y muchos los autores que consideraron que la DUI se produjo contra un Estado democrático, como ya lo era Serbia en 2008¹²⁴. El Tribunal Supremo

¹¹⁸ E.E. de Alemania (párr. 34-35), Estonia, pp. 12-13, Holanda, párr. 3.12, e Irlanda (párr. 27-34).

¹¹⁹ E.E. del Reino Unido, p. 64

¹²⁰ E.E. de Chipre, párr. 134-147; Observaciones escritas de Bolivia, en especial, párr. 12-25. E.E. de Eslovaquia, párr. 28; E.E. de Rumanía, párr. 156.

¹²¹ CONTRIBUCIÓN ESCRITA ADICIONAL de la República de Kosovo, párr. 4.51

¹²² E.E. de la Federación Rusa, párr. 88 y párr. 100.

¹²³ E.E. de España, párr. 8. Irán afirma "l'inviolabilité du principe de l'intégrité territoriale même en cas de violations graves des droits de l'homme et du droit humanitaire" (E.E. de Irán, p. 10). En el mismo sentido, E.E. de Serbia, párr. 589 y E. E. de Serbia, p. 152 y s.

¹²⁴ MANGAS MARTÍN, A., "Kosovo y Unión Europea: una secesión planificada", cit., p. 109.

de Canadá se había referido a esta cláusula en un dictamen al que se refieren tanto los Estados como la Corte:

“When a people is blocked from the meaningful exercise of its right to self-determination internally, it is entitled, as a last resort, to exercise it by secession (...) while it remains unclear whether this (...) proposition actually reflects an established international law standard”¹²⁵.

Con la apelación a la autodeterminación como ‘último recurso’ en caso de graves violaciones de derechos humanos, el Tribunal niega su aplicabilidad en el caso de Quebec, por tratarse de un Estado que cumple con el más alto standard democrático:

“Canada is a sovereign and independent state conducting itself in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction”¹²⁶.

Pese a la oposición de los representantes de Kosovo, parece claro que en el momento en que se produjo la DUI esas mismas características a las que alude el Tribunal Supremo de Canadá podían afirmarse de Serbia. No obstante, conviene señalar que en el caso de Canadá estamos ante un Estado de larga tradición democrática, cosa que no se podía decir de la antigua Yugoslavia, ni tampoco de la brevísima vida del Estado Serbio. Es decir, no son realidades equiparables. En efecto, el mero transcurso de una década desde que tales barbaries se produjeron no constituye una garantía suficiente para que Serbia pueda ser calificada como un pleno y consolidado Estado de Derecho. Las

¹²⁵ REFERENCE SECESSION OF QUEBEC (1998) 2- S.C.R. 217, párr. 134-135.

¹²⁶ *Ibid.*, párr. 136.

razones esgrimidas por el Enviado especial, Sr. Ahtisaari, para proponer la independencia del territorio como la única posibilidad viable apuntaban en esta dirección: las heridas continuaban abiertas y lo seguirán estando durante varias generaciones, por lo que una convivencia pacífica entre ambos pueblos no pasaba de ser una quimera.

Por ello, pese al silencio de la Corte, había razones de peso para justificar que Kosovo podía ejercer el derecho de autodeterminación, en aplicación de la *cláusula de salvaguarda* o “cláusula democrática”. En esa línea, el Juez Yussuf afirmó que, aunque “seguramente” no existiera un derecho positivo de autodeterminación fuera del contexto colonial, esto no significa que el Derecho internacional permanezca impasible ante reclamaciones de grupos a los que el Estado no solo les deniega el derecho de autodeterminación interno, sino que les somete a discriminación, persecución y graves violaciones de derechos humanos¹²⁷. En tales excepcionales circunstancias, y una vez agotadas todas las posibilidades de ejercer el derecho de autodeterminación interno, en opinión de este juez, sería aplicable la cláusula de salvaguardia de la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, y sería aplicable, por tanto, al caso de Kosovo, dadas sus circunstancias concretas (derogación de su autonomía, políticas de limpieza étnica, crímenes contra la humanidad...) ¹²⁸.

En definitiva, a nuestro juicio, la Corte se equivocó apoyándose en el artículo 2 de la Carta de Naciones Unidas para justificar la no aplicación del principio de integridad territorial en este caso. Ese precepto, en efecto, únicamente resulta aplicable a las relaciones interestatales, pero solo tiene sentido con referencia a la prohibición del uso de la fuerza. Sin embargo, la Corte olvidó (o no quiso recordar) que el principio de integridad territorial también podía valorarse en un

¹²⁷ Opinión separada del juez YUSUF, párr. 16).

¹²⁸ *Ibid.*, párrs. 11-13.

contexto diferente al de las relaciones entre Estados y que la secesión también hubiera podido justificarse apelando a las condiciones de la *cláusula de salvaguarda* contempladas en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General.

Por otro lado, el Derecho internacional no es indiferente con respecto a la secesión. Sobre ella, a nuestro juicio, proyecta una presunción negativa; es decir, no la prohíbe, pero tampoco la favorece. Ello obedece a la necesidad del orden legal internacional de mantener cierta estabilidad, paz, seguridad y fomentar la unidad y el respeto a la integridad territorial¹²⁹.

No obstante, debemos precisar una cuestión. Incluso si procediera aplicar el principio de integridad territorial fuera del ámbito estatal, esto no implicaría que las declaraciones de independencia estuvieran automáticamente prohibidas. Por el contrario, para el Derecho internacional se trata de actos, en principio solo relevantes en el ámbito interno que, en consecuencia, podrían ser contrarrestados por las instituciones y fuerzas internas del Estado en el cual se producen. Sin embargo, tal y como dijo la Corte, sí existen algunos tipos de DUI que estarían prohibidas por el Derecho internacional, no tanto por su carácter unilateral sino porque conllevan en sí mismas alguna violación grave a una norma imperativa de *ius cogens*, motivo por el cual serán rechazadas tanto por el orden jurídico internacional como por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Aun así, una DUI aislada no es suficiente para transformar una entidad en un Estado ya que, como lo señaló la Corte, algunas veces las declaraciones de independencia dan lugar a la creación de un nuevo Estado y otras veces no¹³⁰. Para comprobarlo basta comparar el intento de independencia del propio

¹²⁹ *OPINIÓN CONSULTIVA*, párr. 5 y 6.

¹³⁰ MUHARREMI, R., "A Note on the ICJ Advisory Opinion on Kosovo", cit., p. 873

Kosovo a comienzos de la década de 1990, que fue reconocido únicamente por Albania, a diferencia de su situación actual, en la que ha logrado obtener un importante nivel de eficacia y de actividad como ente independiente en la esfera interestatal¹³¹.

¿Qué consecuencias cabe extraer de la Opinión consultiva en relación con el derecho de secesión? Pues, en principio, establecer una diferencia esencial con relación al contexto. En efecto, el ejercicio del derecho de secesión en un contexto colonial presupone una valoración positiva por parte del Derecho internacional; es decir, genera un estatus ventajoso en relación con la entidad que lo ejerce, dotándola de una especie de personalidad legal preestatal. Ese estatus la protege de la violencia del Estado correspondiente y de la posible violación de derechos humanos y, además, le otorga un acceso expedito a la posibilidad de obtener un rápido reconocimiento por parte de los demás Estados¹³². Por el contrario, fuera del contexto colonial, en aquellos casos en los que no existe un derecho de secesión o de autodeterminación externa, el acceso a la estatalidad (la posibilidad de crear un Estado) no está prohibida, pero tampoco está favorecida o privilegiada más allá de las situaciones de violaciones graves del Derecho internacional de los derechos humanos a la población secesionista, de acuerdo a la *cláusula de salvaguarda*. Así pues, la entidad que ejerce la autodeterminación necesitará demostrar que posee los requerimientos objetivos y subjetivos propios de la estatalidad, pero quedará también expuesta a los intentos (legítimos) del Estado al que pertenecía de

¹³¹ WILDE, R., "Self Determination, Secession, and Dispute for Settlement after Advisory Opinion", *Leiden International Journal of Law*, nº 24 (2011) p. 153.

¹³² *Ibíd.*, p. 136

mantenerla en su seno hasta que su estatus quede definitivamente clarificado¹³³.

2.9. ¿Cumplía Kosovo los criterios para su reconocimiento como Estado?

Constituye un ámbito más o menos pacífico en la doctrina internacionalista que, pese a tener un carácter discrecional, el reconocimiento de nuevos Estados se rige por un marco normativo compuesto por determinados criterios fácticos establecidos en el art. 1 de la *Convención de Montevideo sobre los Derechos y Deberes de los Estados* de 1933: una población permanente, un territorio determinado, un Gobierno y capacidad de entrar en relación con los demás Estados.

La desmembración de la antigua Yugoslavia y la caótica sucesión de reconocimientos de nuevos Estados pareció querer introducir, además, una serie de “reglas morales” (más bien cabría decir “criterios de legitimidad”, vinculados al Estado de derecho, la democracia y el respeto de los derechos humanos) que habrían de tenerse en cuenta para que un Estado otorgase su reconocimiento a una determinada entidad¹³⁴. Como se ha afirmado, de forma algo inocente, para evitar que esta institución se convierta en un elemento desestabilizador en las relaciones internacionales sería necesario un nuevo marco normativo en la materia que integrara los tradicionales criterios fácticos con los mencionados criterios morales¹³⁵.

¹³³ WELLER, M., “Modesty Can be a Virtue – Judicial Economy in the ICJ Kosovo Opinion?”, *LJIL* 24 (2011) p. 137.

¹³⁴ RYNGAERT, C. - SOBRIE, S., “Recognition of States...”, cit., p. 477 ss.

¹³⁵ SOROETA, J., “La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo de 22 de julio de 2010”, cit., p. 22.

En este sentido, pueden llamar la atención los casos de reconocimiento más discutidos, como los de Abjazia, Osetia del Sur o Kosovo, pero basta echar un ojo a la lista de reconocimientos, “des-reconocimientos” y “nuevos reconocimientos” efectuados por algunos de los más de ochenta Estados que en algún momento han dado su reconocimiento a la *República Árabe Saharaui Democrática* (RASD) desde su proclamación en 1976 para comprobar que estamos ante una institución que, desde su creación, atiende casi exclusivamente a criterios de oportunidad política y que difícilmente dejará de responder a ellos¹³⁶.

Pero también en el caso de la RASD habría que tener en cuenta otra cuestión: ningún Estado, ni siquiera Francia, uno de sus principales valedores, ha reconocido nunca la anexión marroquí del territorio, porque es consciente de que si lo hiciera violaría el Derecho internacional, porque estaría violando una norma de derecho imperativo, como es la libre determinación de los pueblos en casos de descolonización. En otras palabras, el límite a la discrecionalidad de los Estados en el reconocimiento de un nuevo Estado radica precisamente, como señala la Corte, en el *origen de la situación de hecho* en que se encuentra la entidad objeto del mismo; es decir, que en el origen no se encuentre la violación de una norma de derecho imperativo¹³⁷.

La Corte no quiso pronunciarse sobre esta cuestión pese a que numerosos Estados hicieron referencia al reconocimiento de Kosovo en un doble sentido: unos para reivindicar su legalidad dado que lo habían hecho; otros para

¹³⁶ Sudáfrica, por ejemplo, que es en uno de los principales valedores de la RASD en el mundo, le dio su reconocimiento en los años ochenta, se lo “retiró” en 1997, para volvérselo a dar en 2004.

¹³⁷ SOROETA, J., “La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo de 22 de julio de 2010”, cit., p. 23.

denunciar que tal reconocimiento constituiría una violación del Derecho internacional, en la medida en que o bien estaría prohibido por el principio de integridad territorial, o bien por el de no injerencia en los asuntos internos de los Estados, o bien por ambos¹³⁸. En opinión de estos últimos, dado que Kosovo no cumplía con los requisitos de estatalidad exigidos por el Derecho internacional (entre otras razones, cabe recordar que ni siquiera la UNMIK controlaba el norte de Kosovo en 2008), el reconocimiento de Kosovo fue “prematureo”, y por ello, los Estados que le dieron su reconocimiento habrían incurrido en una injerencia ilegal en los asuntos internos de Serbia¹³⁹.

Como es sabido, Serbia pidió a la Corte que se pronunciara al respecto, pese a reconocer que la solicitud de Opinión consultiva no incluía esa petición, pero Serbia consideró que *“la question de la reconnaissance est importante dans la mesure où toute reconnaissance, quelle qu'elle soit, ne peut en tant que telle influencer sur le caractère illicite de la DUI”*¹⁴⁰. En realidad, con este planteamiento Serbia no pretendía atacar a los Estados que ya habían dado su reconocimiento a Kosovo, lo que pretendía sobre todo era argumentar que tales reconocimientos no podían considerarse, por parte de la Corte, una prueba de la existencia efectiva de un nuevo Estado¹⁴¹. De hecho, esa insistencia serbia por desvirtuar los reconocimientos efectuados hasta ese

¹³⁸ Véase, por ejemplo, E.E. de Venezuela, p. 2. En opinión de Holanda la DUI no violó la integridad territorial de Serbia, porque este principio “no es una norma imperativa de Derecho internacional (...) El Derecho internacional autoriza a los Estados a derogar el principio de integridad territorial” puesto que pueden, si lo acuerdan, modificar las fronteras (E. E. de Holanda, párr. 3.11). El problema de este razonamiento radica en que Kosovo no es un Estado y que Serbia nunca ha pretendido negociar la modificación de sus fronteras.

¹³⁹ CASADO RAIGÓN, R., *Derecho Internacional*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 107.

¹⁴⁰ E. E. de Serbia, párr. 501.

¹⁴¹ «*La reconnaissance de la 'République du Kosovo' par une minorité d'États ne peut pas remédier rétroactivement à l'illicéité de la DUI, qui doit être déterminée eu égard au droit applicable au moment où cette déclaration a été adoptée*» (O.E. de Serbia, párr. 529).

momento o el hecho de que la ONU no hubiera admitido a Kosovo como nuevo Estado¹⁴² constituyen, para algunos, una torpeza, ya que se trata de un argumento que fácilmente puede utilizarse en sentido contrario¹⁴³.

Dejando aparte los casos de violación de una norma de *ius cogens*, la práctica muestra que el reconocimiento de un Estado depende de forma casi exclusiva de factores de oportunidad política, con independencia de lo prematuro que pueda ser, y que juega muchas veces –en el caso de Kosovo de manera determinante– un papel clave a la hora de la consolidación de una entidad como Estado. Existe una absoluta discrecionalidad por parte de los Estados a la hora de otorgar o no su reconocimiento a una entidad y, por tanto, a la hora de valorar si cumple con los requisitos exigidos por el ordenamiento internacional. A diferencia de lo que ocurría en el ámbito de la descolonización, en el cual el reconocimiento apoyaba el paso de la dependencia colonial a la condición estatal, en el caso de Kosovo nos encontramos ante el reconocimiento como Estado de un territorio que formaba parte de la integridad territorial de otro; es decir, estamos hablando de un caso evidente de secesión. Por lo cual, los reconocimientos de aquellos Estados que lo ha hecho, “probablemente” deberían haber sido considerados contrarios al Derecho Internacional¹⁴⁴.

Por otra parte, y aunque ninguno de los Estados que le han otorgado su reconocimiento se ha basado expresamente en la *cláusula de salvaguarda*, la

¹⁴² E.E. de Serbia, párr. 1008.

¹⁴³ VIDMAR, J., “The Kosovo Advisory Opinion Scrutinized”, cit., p. 368 y ss.

¹⁴⁴ BERMEJO, R y GUTIÉRREZ, C., “Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre la declaración de independencia, su constitución y otras reflexiones”, cit., p. 18 y ss. Esta fue la posición defendida por algunos Estados (por ejemplo, véase la de Argentina, en su exposición escrita, párr. 121 y 122).

argumentación que han utilizado (violaciones masivas de los derechos humanos, políticas de represión y limpieza étnica) constituye en el fondo la justificación misma de ser de la mencionada cláusula. Ha sido el temor a posibles apelaciones a esta cláusula para justificar procesos similares en otros territorios lo que ha llevado a estos Estados a realizar el reconocimiento de Kosovo insistiendo en su excepcionalidad, en su carácter *sui generis*, o en el hecho de que “no constituye un precedente”. En ningún pasaje de la Opinión consultiva se admite ese carácter, pero no porque la Corte no lo estime necesario para su argumentación, sino precisamente por todo lo contrario: porque lo que pretende es evitar pronunciarse sobre el tema.

Tal y como afirman muchos autores, la independencia de Kosovo fue una manera de ejercer el derecho de autodeterminación, como ‘*remedial secession*’, en aplicación de la *cláusula de salvaguarda* de la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, puesto que se daban los elementos básicos que dicha cláusula exigía. En ese caso, tratándose de un ejercicio excepcional del derecho a la libre determinación, los Estados podrían haber hecho una referencia expresa a esa cláusula en el momento del reconocimiento, lo cual les hubiera ahorrado la cantidad de equilibrios dialécticos y jurídicos que hubieron de alegar para justificar su conformidad con el Derecho internacional¹⁴⁵.

En definitiva, el conflicto de Kosovo ha puesto en evidencia la fragilidad del Derecho internacional a la hora de calificar actos como las DUI, siempre difíciles de justificar y, al mismo tiempo, ha evidenciado que en el

¹⁴⁵ SOROETA, J., “La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo de 22 de julio de 2010”, cit., p. 23.

reconocimiento de nuevos Estados la discrecionalidad y oportunidad política es la regla.

3. LA POSICIÓN DE ESPAÑA EN EL PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

España votó a favor de la Resolución 63/3, de 8 de octubre de 2008, solicitando una opinión consultiva a la CIJ, adoptada por la Asamblea General por 77 votos a favor, 6 en contra y 74 abstenciones, sobre la propuesta presentada por Serbia. Las razones que lo justificaban fueron expuestas por el representante de España (el embajador ante la ONU, Sr. Yáñez Barnuevo):

“Como es bien conocido, el Gobierno español considera el respeto a la legalidad internacional como un principio fundamental que ha de regir la actuación de los Estados, así como de las Organizaciones internacionales y, en particular, de las Naciones Unidas, en las relaciones internacionales. Por este motivo, España lo ha convertido en el eje principal sobre el que articula toda su actuación en el ámbito internacional, otorgando al mismo tiempo a las Naciones Unidas un protagonismo sin igual en dicho ámbito.

También es bien conocida la importancia que el Gobierno español atribuye al correcto funcionamiento de los órganos principales de esta Organización, entre los que se cuenta esta Asamblea, así como la Corte Internacional de Justicia, incluyendo, asimismo, la interacción entre esos órganos, a fin de promover la realización de los propósitos y principios de la Organización de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

En este sentido, estimamos que por el interés general de la Organización y del conjunto de la comunidad internacional sería deseable que esta Asamblea dispusiera de una opinión autorizada por parte del órgano judicial principal de las Naciones Unidas respecto de los aspectos jurídicos de aquellas cuestiones que, como la presente, afecta a Kosovo, hayan sido objeto de diversas interpretaciones por parte de los Estados Miembros.

Por lo demás, creemos que a esta Asamblea y a los demás órganos de las Naciones Unidas es a quienes corresponderá en última instancia sacar las conclusiones que estimen oportunas respecto de la opinión consultiva que pronuncie, llegado el momento, la Corte Internacional de Justicia, sin que sea procedente, al menos hasta ese momento, anticipar esas conclusiones, ni condicionar en manera alguna la actuación de la Corte como órgano judicial dotado de plena independencia e imparcialidad conforme a la Carta de las Naciones Unidas y al Estatuto de la Corte”¹⁴⁶.

España participó, tanto en la fase escrita como en la fase oral del procedimiento consultivo, presentando una *Exposición escrita* (14 de abril de 2008); unos *Comentarios escritos* sobre algunos de los elementos contenidos en las Exposiciones escritas de otros participantes en el procedimiento (17 de julio de 2008) y formulando una *Exposición oral* ante la Corte (8 de diciembre de 2008). Por último, España respondió a las preguntas formuladas por los

¹⁴⁶ DECLARACIÓN del Embajador J. A. Yáñez-Barnuevo, A/63/PV.22, p. 8.

jueces Koroma, Bennouna y Cançado Trindade, al finalizar las audiencias públicas. Dichas respuestas no fueron publicadas por la CIJ¹⁴⁷.

España mantuvo una opinión contraria a la compatibilidad de la DUI con el Derecho internacional, sea desde sus normas y principios generales, como desde las normas específicas del sistema de las Naciones Unidas aplicables a Kosovo, en especial la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad. Su posición puede organizarse sistemáticamente del siguiente modo: a) respecto de la competencia de la Corte, b) respecto del alcance de la pregunta, c) respecto de los principios relevantes de Derecho internacional y d) respecto del significado de la Resolución 1244 (1999). Finalmente, reproducimos las conclusiones presentadas ante la CIJ¹⁴⁸.

3.1. Posición respecto de la competencia de la Corte

España declaró expresamente su voluntad de cooperar con la Asamblea General y con en el procedimiento consultivo llevado a cabo por la Corte Internacional de Justicia.

Como ya hemos indicado, la competencia de la Corte Internacional de Justicia para emitir una opinión consultiva en este caso fue objeto de debate en la propia Asamblea General para la adopción de la Resolución 63/3, invocando esencialmente la naturaleza política de la cuestión y la presunta inadecuación, por dicho motivo, de la intervención de la CIJ. Argumentos similares o

¹⁴⁷ Todas las contribuciones de España, incluidas estas respuestas, fueron elaboradas a partir de los trabajos realizados por un equipo jurídico dirigido por C. Escobar e integrado por los profesores de Derecho internacional: A. Mangas Martín, P. Andrés Sáenz de Santamaría, C. Jiménez Piernas y J. Cardona Llorens. Vid. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., "La posición del reino de España en el procedimiento consultivo: una aproximación general", cit., p. 11-27.

¹⁴⁸ Los Documentos aportados por España pueden ser consultados, en sus versiones oficiales, en el sitio web de la Corte Internacional de Justicia.

relacionados con el mismo fueron formulados por varios de los Estados participantes en el procedimiento y fueron contestados por la propia Corte. Este debate se ha planteado siempre que la CIJ ha ejercido su función consultiva. España, señalando lo anterior, entendía —junto con un número importante de Estados— que la CIJ tenía plena competencia para ocuparse del asunto y emitir la correspondiente opinión consultiva. Los argumentos a favor de esta conclusión, formulados en la Exposición escrita y en la Exposición oral son los siguientes¹⁴⁹:

- a) De conformidad con lo previsto en el artículo 96.1 de la Carta de las Naciones Unidas y en el art. 65.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, “La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrá solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica”. Sobre esta base, la CIJ ha reiterado de forma continuada y constante que puede emitir una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica, independientemente de su carácter abstracto o no.

- b) El concepto de “cuestión jurídica” ha sido interpretado por la Corte caso por caso, siguiendo siempre una interpretación amplia, que le faculta para pronunciarse (en términos jurídicos) sobre cualquier cuestión que tenga una dimensión o componente jurídico, con independencia de que dicha cuestión incorpore también aspectos políticos. En cualquier caso, bajo esta denominación, la Corte ha incluido todas aquellas cuestiones que suscitan temas vinculados con el Derecho internacional y que afectan a la aplicación de las reglas y principios de dicho ordenamiento.

¹⁴⁹ *EXPOSICIÓN ESCRITA DE ESPAÑA*, párr. 7-9; y *EXPOSICIÓN ORAL*, párr. 5-10, CR 2009/30, p. 9-10.

- c) En la pregunta formulada a la Corte, están implícitas diversas cuestiones relativas a la interpretación y aplicación de normas y principios de Derecho internacional general, así como otras cuestiones — relacionadas con las anteriores— referidas a la interpretación y aplicación de un conjunto de normas y reglas adoptadas por el Consejo de Seguridad, o bajo su autoridad, relativas al régimen de administración internacional de Kosovo y a la determinación de su estatuto futuro. Por consiguiente, no es posible formular duda alguna sobre la dimensión jurídica de la consulta. A ello debe añadirse, por otro lado, que dichas normas y principios han sido objeto de una interpretación diferente por parte de los Estados miembros de la ONU y, por tanto, el pronunciamiento de la CIJ reviste una especial utilidad.
- d) A pesar de que la Corte podría declinar el ejercicio de su competencia, en virtud de lo previsto en el artículo 65.1 de su Estatuto, en este caso no concurren circunstancias de naturaleza imperiosa (*compelling reasons/raisons décisives*) que, conforme a la jurisprudencia reiterada de la Corte, justificaran el ejercicio de dicho poder de renuncia por razones de oportunidad. En particular, dichas '*compelling reasons*' no se dan en este caso, ni por la dimensión política de los hechos que están en la base de la consulta ni por la pretendida inutilidad de la respuesta, ya que la valoración de su utilidad corresponde exclusivamente al órgano requirente, en este caso la Asamblea General.

3.2. Posición respecto del alcance de la pregunta

Como ya vimos, el tenor de la pregunta formulada por la Asamblea General es simple en apariencia y se centra sobre el acto que motiva la discrepancia entre los Estados miembros de Naciones Unidas, a saber: “la declaración unilateral de independencia de las autoridades provisionales de autogobierno de Kosovo”. En apariencia, también la Asamblea General pide a la CIJ algo muy coherente con su función y dirigido a solventar el conflicto jurídico: que se pronuncie sobre el “ajuste” o conformidad de la DUI con el Derecho internacional. A partir de aquí, España consideró que el alcance de la pregunta debía estar determinado por la presencia de los siguientes elementos:

- la propia “declaración unilateral de independencia”;
- las “autoridades provisionales de autogobierno de Kosovo”, en tanto que autores de la citada declaración;
- las normas y principios de Derecho internacional relevantes para proceder al ejercicio de valoración requerido por la Asamblea General.

Teniendo en cuenta estos tres presupuestos, España estableció el alcance de la pregunta en los siguientes términos¹⁵⁰:

- a) La Corte está llamada a pronunciarse sobre la DUI y no respecto de ningún otro acto derivado o relacionado con la misma;
- b) No obstante, la valoración de la compatibilidad con el Derecho internacional de la citada DUI no puede ser realizada en abstracto, sin tener en cuenta la naturaleza de los autores de la declaración (es decir, las autoridades provisionales de autogobierno de Kosovo) y los efectos jurídicos que dicha declaración está llamada a producir. Ningún acto se

¹⁵⁰ *EXPOSICIÓN ESCRITA*, párr. 4-6 y 10; *EXPOSICIÓN ORAL*, párr. 11-18 y 53-55, CR 2009/30, p. 10-12 y 21-22.

produce fuera de un contexto jurídico-político, ni carece de efectos jurídicos y, por consiguiente, la Corte debe tener en cuenta ambas circunstancias al pronunciarse sobre la compatibilidad de dicho acto con el Derecho internacional.

- c) Por un lado, la Corte deberá tener en cuenta, en primer lugar, el efecto que la DUI pretende, que no es otro que la constitución de un nuevo Estado (Kosovo) a partir de un Estado preexistente (Serbia) sin su acuerdo. Por otro lado, la Corte no puede valorar la conformidad de la DUI con el Derecho internacional sin analizar las consecuencias y efectos jurídicos que esta va a tener sobre la determinación del estatuto futuro de Kosovo, establecido por mandato del Consejo de Seguridad.

- d) Teniendo en cuenta lo expuesto, el marco normativo de referencia que la CIJ debe tomar en consideración se compone de dos bloques de normas. En primer lugar, las normas y principios de Derecho internacional relativos a la soberanía e integridad territorial del Estado, incluida la Carta de las Naciones Unidas y otros instrumentos como la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, el Acta Final de Helsinki o la Carta de París para una Nueva Europa. En segundo lugar, la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y el conjunto de normas que se derivan de la misma y que constituyen el régimen de la presencia internacional en Kosovo (administración internacional bajo mandato de Naciones Unidas) y el procedimiento para la determinación del estatuto futuro de Kosovo, establecido igualmente por el propio Consejo de Seguridad. Ambos bloques normativos están, además, íntimamente relacionados entre sí, sin que sea posible buscar contradicciones entre ellos.

3.3. Posición respecto de los principios relevantes de Derecho internacional

El objetivo perseguido por los autores de la DUI era, como sabemos, constituir en el territorio de Kosovo un nuevo Estado, a partir de un proceso de secesión respecto de Serbia. Por consiguiente, desde la perspectiva del Derecho internacional, el principio estructural esencial que se veía afectado por dicha declaración no era otro que el principio de soberanía e integridad territorial, invocado y defendido, lógicamente, por Serbia. Dicho principio resultaba afectado, tanto en relación con el Derecho internacional general como respecto de las normas que definían el régimen internacional aplicable a Kosovo, en virtud de la Resolución 1244 (1999).

Sobre este presupuesto, España mantuvo ante la CIJ que dicho principio debía considerarse como el primero de los criterios para establecer la compatibilidad de la DUI promulgada por las autoridades provisionales de autogobierno de Kosovo, con el Derecho internacional. Su razonamiento concluye que, operando este principio, no es posible sostener que la DUI sea conforme al Derecho internacional. Las razones a las que apela para sostener esta conclusión son las siguientes¹⁵¹:

- a) El *principio de soberanía del Estado* hunde sus raíces en la Carta de las Naciones Unidas y en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, así como en otros instrumentos internacionales fundamentales, como el Acta Final de Helsinki o la Carta de París para una Nueva Europa.

¹⁵¹ *EXPOSICIÓN ESCRITA*, párr. 20-55; *COMENTARIOS ESCRITOS*, párr. 3-5.

- b) La *integridad territorial del Estado* forma parte indisociable del citado principio, constituyendo al mismo tiempo uno de los elementos esenciales para la determinación de la estatalidad, por lo que no puede entenderse el Estado ni la soberanía estatal sin el pleno respeto a la integridad territorial.
- c) La integridad territorial, por su relación con el concepto mismo de estatalidad, se aplica por igual tanto en las relaciones del Estado con terceros Estados como en el marco de las relaciones intra-estatales, ya que en ambos casos una violación de la integridad territorial afecta al Estado y su soberanía.
- d) En la práctica del Consejo de Seguridad no existen precedentes en los que dicho órgano principal de Naciones Unidas no haya exigido el respeto del principio de soberanía e integridad territorial, ni siquiera en situaciones en las que ha tenido que ocuparse de graves atentados contra la paz y la seguridad internacionales. Tampoco existen precedentes en la práctica del Consejo de Seguridad en los que no se haya aludido al respeto y aplicación de dicho principio en el tratamiento de la cuestión de Kosovo.
- e) Por el contrario, considerando el tratamiento de la cuestión de Kosovo a partir de 1999, cabe concluir que el régimen internacional aplicable a dicho territorio (que incluye tanto el régimen de administración internacional como el procedimiento para la determinación del estatuto futuro de Kosovo), se ha construido sobre el respeto de la soberanía e integridad territorial de Serbia.

- f) El reconocimiento de la soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia (hoy Serbia), como base del régimen de administración internacional de Kosovo, se encuentra en la Resolución 1244 (1999). Y dicha resolución prevé que ese régimen tiene como finalidad establecer un sistema de autogobierno amplio de Kosovo ‘*en*’ y ‘*dentro*’ de la República Federativa de Yugoslavia» (hoy Serbia).
- g) Por otra parte, el reconocimiento de la soberanía e integridad territorial de Serbia constituye también la base del proceso para la determinación del estatuto futuro de Kosovo, ya que si bien la Resolución 1244 (1999) no prejuzga el resultado del mismo, no puede concluirse que dicha resolución contenga o contemple, en sí misma, un reconocimiento del derecho de Kosovo a la independencia. Entre los diferentes ejemplos que pueden encontrarse en la Resolución 1244 (1999) para confirmar dicha interpretación, cabe citar la distinción que en ella se realiza entre las autoridades de Kosovo que participarán en el sistema de autogobierno provisional y las autoridades que se constituirán al final del proceso de determinación del estatuto futuro de Kosovo.
- h) Por último, el reconocimiento del principio de soberanía e integridad territorial de Kosovo viene respaldado por la práctica de los órganos responsables de la presencia internacional en Kosovo, en especial la UNMIK, que en los años anteriores a la DUI —único período relevante a los efectos de la consulta a la CIJ— han seguido una práctica y adoptado decisiones que solo pueden entenderse como una forma de garantizar la soberanía e integridad territorial de Serbia.

3.4. Posición respecto del ejercicio del derecho de autodeterminación

Junto al principio de soberanía e integridad territorial, la DUI podía afectar también al principio de libre determinación de los pueblos señalándolo como fundamento de su compatibilidad con el Derecho internacional. El hipotético ejercicio del derecho de autodeterminación constituyó el núcleo de los argumentos formulados por aquellos Estados participantes en el procedimiento que eran favorables a la independencia de Kosovo, concluyendo que la DUI representaba una forma de ejercicio del derecho a la autodeterminación, bien en forma autónoma, bien en la forma específica de la 'secesión como remedio', lo que fue objeto de un intenso debate en el procedimiento ante la CIJ.

España no consideró que este derecho (al que siempre alude como *principio*) constituyera uno de los criterios o elementos que pudieran contribuir a determinar la compatibilidad de la declaración con el Derecho internacional. No obstante, también abordó el tema en sus distintas intervenciones ante la Corte (incluida la perspectiva de la '*secesión remedio*') con el siguiente planteamiento¹⁵²:

- a) Todos los principios contenidos en la Resolución 2625 (XXV) deben leerse de forma integrada e interrelacionados entre sí. En consecuencia, aun en el supuesto de que el principio de libre determinación de los pueblos resultase aplicable al caso de Kosovo, no es posible concluir su primacía absoluta sobre el principio de soberanía e integridad territorial del Estado. Por el contrario, de conformidad con lo establecido en la citada resolución, el principio de libre determinación solo prima sobre el principio de integridad territorial del Estado en el supuesto de que en el

¹⁵² EXPOSICIÓN ESCRITA, párrs. 24-25; COMENTARIOS ESCRITOS, párr. 6-8; y EXPOSICIÓN ORAL, párr. 37-44, CR 2008/30, p. 17-19.

territorio en cuestión se produzca una situación actual que impida de forma absoluta la participación de los habitantes del mismo en los asuntos públicos ('cláusula democrática'). Dicha 'cláusula democrática' ha sido interpretada por diversos órganos del sistema de Naciones Unidas en forma restrictiva, concluyendo que el derecho a la libre determinación no se puede traducir automáticamente en un derecho a la secesión.

- b) El derecho a la libre determinación presenta en el Derecho internacional contemporáneo una doble proyección internacional e interna. Si conforme a la primera de ellas la autodeterminación se puede manifestar a través de la creación de un nuevo Estado independiente, ello no constituye la regla general ni la única forma de manifestación del mencionado derecho. Por el contrario, es un modelo característico de los procesos de independencia colonial y, además, no puede ejercitarse si no es con pleno respeto a otros principios de Derecho internacional relevantes, en particular el principio de soberanía e integridad territorial del Estado. Por su parte, la libre determinación en su dimensión interna constituye una forma igualmente aceptada por el Derecho internacional, que se ejerce esencialmente en situaciones no coloniales, y que se concreta en el establecimiento de sistemas internos de autogobierno y autonomía dentro de un Estado soberano. Ambas formas de ejercicio de la libre determinación son igualmente válidas en el Derecho internacional contemporáneo, diferenciándose únicamente en virtud de las situaciones en que cada una de ellas se aplica como regla.
- c) Aunque el derecho a la libre determinación se puede predicar, sin duda alguna, respecto de Kosovo, dicho derecho no se corresponde con el

derecho automático y absoluto a la independencia, ya que no se trata de un territorio colonial ni se dan las circunstancias que justificarían dicha opción, en particular la concurrencia del acuerdo de Serbia.

- d) Ello no significa, sin embargo, que Kosovo no pueda ejercer o no haya ejercido en la práctica su derecho a la libre determinación. Por el contrario, dicho derecho ha sido ejercido por el pueblo de Kosovo a través de un mecanismo establecido y garantizado por el propio Consejo de Seguridad, a saber: el régimen de máximo autogobierno de Kosovo dentro de Serbia, definido y desarrollado en el marco del régimen de administración internacional constituido en virtud de la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad.

- e) Por último, por lo que se refiere a la aplicación del concepto de «secesión como remedio», que vincula el reconocimiento de un presunto derecho de secesión como «remedio» o «sanción» a una situación de gravísimas violaciones de los derechos humanos en un determinado territorio, debe señalarse que se trata de un concepto altamente controvertido y cuya existencia y aplicabilidad en el Derecho internacional contemporáneo no es generalmente aceptada.

- f) En cualquier caso, aunque es cierto que en Kosovo se produjeron graves violaciones de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario durante la década de los años noventa, la reacción de la Comunidad internacional frente a tales atrocidades se produce en forma institucionalizada mediante la adopción por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de la Resolución 1244 (1999), que tiene dos efectos inmediatos sobre el ejercicio por Kosovo del eventual derecho a

la autodeterminación. En primer lugar, privando a Serbia, a título evidente de sanción, del ejercicio efectivo de sus derechos soberanos sobre la provincia de Kosovo y transfiriendo dicha potestad a una presencia internacional constituida al efecto y liderada por UNMIK a la que se encomienda la administración internacional del territorio; al tiempo que reconoce al pueblo de Kosovo su derecho al máximo nivel de autogobierno dentro de Serbia en el marco del citado régimen de administración internacional. Y, en segundo lugar, poniendo en marcha un proceso formalizado para determinar el estatuto futuro de Kosovo, con participación y supervisión internacional que, sin embargo, no se pronuncia ni excluye ninguna solución definitiva y del que no se puede deducir tampoco el reconocimiento de un derecho automático de Kosovo a la independencia.

4. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Para la gran mayoría de especialistas en Derecho internacional, el dictamen de la Corte de 22 de julio de 2010 supuso una enorme decepción, ante la expectativa de que se pronunciara sobre cuestiones claves como el derecho a la libre determinación de los pueblos, el principio de integridad territorial de los Estados y sobre la legalidad del reconocimiento de los Estados a entidades secesionistas. Esas expectativas eran fundadas ya que era la primera vez que el máximo órgano judicial internacional se enfrentaba al problema de una declaración unilateral de independencia, enmarcada dentro de un proceso de administración internacional interina, lo cual le brindaba una oportunidad de oro para abordar todos los asuntos que todavía siguen pendientes en el Derecho internacional. Por otra parte, todos los Estados participantes, a través de sus

exposiciones ante la Corte (sobre todo en los temores que dejan entrever), intuían que la Corte podía pronunciarse y, en actitud preventiva, trataron de evitar a toda costa que abordara tales cuestiones, que podían haberles puesto ante dilemas de complicada resolución.

Pero la Corte no se enfrentaba solamente a una cuestión jurídica (nunca los conflictos territoriales tienen esa exclusiva dimensión), sino a una espinosísima cuestión política, con un calado cultural, étnico y, sobre todo, emocional y sentimental de profundísima raigambre. No podemos olvidar que Serbia, en su alegato ante la Corte, designó a Kosovo como “la cuna de su identidad nacional”. Precizando que la denominación “Kosovo-Metohia”, derivada del griego, se traduce como “dominios monásticos”, en referencia a los grandes territorios que poseían los monasterios ortodoxos serbios en esta región desde la Edad Media. Toda la comunidad internacional era consciente de que Kosovo no era un simple dominio territorial para Serbia y que la secesión no era una simple cuestión de disputa jurídica ante un tribunal internacional.

Con este *background*, y con un contexto internacional que ya contaba con más de 60 reconocimientos a la estatalidad de Kosovo (incluidos EEUU y la mayor parte de los Estados de la UE), la Corte tuvo mucho cuidado en abordar la pregunta de la Asamblea General no solo desde una perspectiva jurídica, sino también haciendo alarde de diplomacia y perfilando hasta el más mínimo detalle sus argumentos para evitar que, no ya la Opinión consultiva, sino el propio órgano, pudieran ser manipulados a favor de uno u otro bando.

La decisión de la Corte fue ampliamente criticada desde el mismo día de su emisión. Muchos lamentaron lo esquivo de su razonamiento y la mezquindad de los jueces. Y no fueron pocos los que la acusaron de haber establecido una guía para los movimientos secesionistas de todo el mundo, con los pasos a

seguir de cara a conseguir sus objetivos¹⁵³. Se trata de críticas extremas que considero exageradas, puesto que, como es bien sabido, ante disputas de alto contenido político (también identitario), los tribunales en sus decisiones eligen adoptar un papel exclusivamente técnico y la Corte Internacional de Justicia no fue una excepción en este caso.

Por supuesto que en el dictamen pueden identificarse graves falencias (y así las hemos señalado a lo largo del capítulo). Y, por supuesto también, que resulta comprensible la generalizada sensación de decepción ante el silencio de la Corte en los temas nucleares que se planteaban. Sin embargo, la respuesta de la Corte no sorprendió a nadie (como casi todos declararon), a la vista de la gestación de la solicitud, de la redacción de la pregunta y de los posicionamientos de la comunidad internacional. En efecto, la iniciativa de la solicitud de Opinión consultiva estuvo patrocinada en exclusiva por Serbia, en el seno de un órgano político como la Asamblea General de Naciones Unidas, y fue Serbia la que se encargó de redactar la pregunta formulada, con los estrechos márgenes y la significativa formulación (que ya destacamos) con que le fue presentada a la Corte. Con esos presupuestos, culpar a la Corte por haber respondido exactamente a lo que se le preguntó, y no haber abordado los complejos asuntos relativos al derecho de secesión (algo que no se le preguntó) no parece demasiado coherente.

Junto a esto, como ya hemos señalado, en la mayoría de los casos, el Estado que propone la pregunta ante la Corte venía recibiendo un dictamen favorable de la misma, cosa que no sucedió en este caso, lo cual debería haber jugado a favor de la independencia de la Corte y de la positiva valoración de su veredicto. Todo ello sin contar con el hecho de que, probablemente, ni Serbia ni la Asamblea General ni los demás Estados Miembros querían que la Corte

¹⁵³ OPINIÓN DISIDENTE DEL JUEZ KOROMA, párr. 4.

tocara temas tan políticamente cargados como la secesión y el reconocimiento de los demás Estados hacia Kosovo. Si la Corte lo hubiera hecho, no eran pocos los que podían haberse encontrado en situaciones más que comprometidas. Es más, habiendo Estados que durante el proceso le solicitaron a la Corte que hiciera una lectura restringida de la pregunta, o que impugnaron el que la DUI pudiera analizarse legalmente, cabe presumir que la Corte hizo bien en interpretar la pregunta en el sentido menos comprometedor y en limitarse a contestar estrictamente a la cuestión reformulada. Ni otra formulación diferente de la pregunta hubiera logrado el quórum necesario para su adopción en la Asamblea General, ni otra respuesta más exhaustiva hubiera sido aceptada por la mayor parte de los Estados. Todo ello no obsta para señalar, como ya hemos dicho, las evidentes deficiencias que en la Opinión consultiva se aprecian y a las que hemos ido haciendo referencia.

Efectivamente, basta una lectura somera del dictamen para darse cuenta del propósito de la Corte: no pretende abordar ninguno de los temas espinosos y pretende concluir que la DUI no violó el Derecho internacional. Con la mira puesta en este objetivo, la Corte construye su argumentación para conseguir justificarlo.

El primer paso de su estrategia argumentativa consistió en realizar una interpretación legítima, pero ciertamente “interesada”, de la pregunta de la Asamblea General, excluyendo ir más allá de su formulación literal, haciendo gala de un clásico principio interpretativo: *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Si la Asamblea General hubiera querido que la Corte se pronunciara sobre temas política y jurídicamente tan delicados, lo habría preguntado expresamente; puesto que no lo hizo, la Corte solo debe pronunciarse sobre la conformidad de la DUI con el Derecho internacional.

El segundo paso, vital en su estrategia, consiste en no dar por sentada la autoría de la DUI, escapando así de la trampa introducida por Serbia en su formulación. En efecto, con la redacción original de la pregunta, la Corte hubiera debido pronunciarse sobre la conformidad de la DUI con el Derecho internacional, pero aceptando como hecho que la DUI fue realizada por la Asamblea General de Kosovo. De haber aceptado esta situación de hecho, la conclusión necesariamente hubiera sido que la DUI no era acorde con el Derecho internacional, dado que la mencionada Asamblea de Kosovo era una institución creada en el ámbito de la administración internacional del territorio y no tenía capacidad para producir dicho acto. De ahí que, en un alarde de independencia (para muchos, incoherencia), la Corte entendió que la redacción de la pregunta no implicaba establecer como definitiva la situación de hecho en relación con la autoría y consideró que debía pronunciarse sobre esa cuestión. En esta ocasión, si bien resulta loable la intención de escapar a la manipulación de la pregunta por parte de Serbia, no lo es tanto la pobreza y escasa consistencia de la justificación argumental que ofrece para ello. Así pues, invocando razones que la propia Corte no parece tener muy claras (sobre las que parece dudar), concluye que la DUI no fue proclamada por la Asamblea General de Kosovo, sino por un '*grupo de personas*' que actuaban en nombre y representación del pueblo de Kosovo y con 'clara intención' de actuar fuera del marco de los órganos e instituciones de la administración internacional.

Partiendo de esa premisa, la conclusión final de la Corte resultaba demasiado obvia: el Derecho internacional no prohíbe que una entidad en el seno de un Estado emita una DUI. En consecuencia, los autores de esa DUI tampoco habrían violado el principio de integridad territorial, puesto que este solo afecta a relaciones entre Estados.

He aquí uno de los principales escollos de la *Opinión consultiva*: resulta muy difícil justificar que la DUI no fuera proclamada por la Asamblea General de Kosovo, sino por sus mismos miembros, pero actuando en una condición diferente (representantes del pueblo, como si no lo fueran ya), para la que solo estaban legitimados por su intención de no ser, en ese momento y para ese acto, la Asamblea de Kosovo (aun siéndolo de facto y realizándolo en la sede y con los propios mecanismos de la Asamblea). En este sentido, la decisión de la Corte solo puede enjuiciarse desde su implícita convicción de que la *secesión-remedio* era la única solución posible para el caso, pero junto a la paralela convicción de que esto debía avalarse sin justificar con ello el ejercicio de un derecho a la secesión, que aun siendo extraordinaria y pudiendo estar justificada por la cláusula de salvaguarda, sentaría un precedente tremendamente incómodo para la mayoría de los Estados y que podría añadir todavía mayores problemas al propio conflicto kosovar y despertar el vigor de otros casos.

En definitiva, si hubiéramos de responder a la formulación de la pregunta, al margen de los malabarismos respecto a la autoría de la DUI; es decir, considerándola como un acto producido por la Asamblea de Kosovo, resultaría difícil no concluir que sí violó el Derecho internacional, por ser contraria a la Resolución 1244 (1999), que preveía expresamente una autonomía kosovar respetando la integridad territorial de Serbia. Pero también esta conclusión debe ser matizada, ya que no significaría que la Corte hubiera tenido que impedir, necesariamente, la posible secesión de Kosovo. Como casi todos los Estados pusieron de relieve, podía haberse considerado el caso Kosovo como un caso "*sui generis*", por el hecho de que la DUI se hubiera producido en un contexto de gravísimas violaciones de derechos humanos, tras un terrible conflicto bélico que tuvo su origen en las atrocidades cometidas por el régimen de Milošević. No obstante, he ahí otra de las debilidades de la decisión de la

Corte, imputables, esta vez, no a su argumentación sino a su silencio: ¿Ese contexto de violaciones convertía realmente a Kosovo en un caso *sui generis*? ¿No había y sigue habiendo mucho otros conflictos (en el continente africano, por ejemplo) de los que podría afirmarse lo mismo? Y, en sentido contrario: ¿En Estados de Derecho, miembros de la Unión Europea, donde últimamente florecen reivindicaciones secesionistas, puede afirmarse la existencia de un contexto de violencia y violaciones de derechos humanos?

La Corte no quiso abordar esta cuestión, pero la recurrente referencia de los Estados al dictamen del Tribunal Supremo de Canadá sobre Quebec que, finalmente, acaparó casi todo el protagonismo de la Opinión consultiva, se centró básicamente en la *cláusula de salvaguarda* de la Resolución 2625 (XXV) que, para la doctrina mayoritaria, ampararía el derecho de autodeterminación externo, fuera del contexto colonial, cuando a un pueblo se le impide ejercer el derecho de autodeterminación interno y se violan gravemente los derechos humanos de su población. Y esa era la vía que, de haber querido, hubiera podido seguir la Corte de no haber optado por el silencio.

En efecto, en opinión de muchos, la *cláusula de salvaguarda* ha estado prevista precisamente para casos como el de Kosovo. Que no se hubiera aplicado nunca, no exigía convertir a Kosovo en un caso *sui generis*. Por supuesto que estamos ante una excepción a la regla general, según la cual el derecho de autodeterminación se reconoce exclusivamente a los pueblos sometidos a dominación colonial o extranjera, pero es una excepción real, expresamente contemplada en la Resolución 2625 (XXV) como *cláusula de salvaguarda* o “*secesión-remedio*”, dirigida a contemplar casos de esta índole (si no qué casos debería contemplar). De acuerdo con ella, en este y en otros casos en los que un Estado impidiera el ejercicio del derecho de autodeterminación interno, se

abriría la vía del derecho de autodeterminación externo. Así lo expresaba el Tribunal canadiense, descartándolo para Quebec, porque no se daban tales circunstancias; pero en el de Kosovo era evidente que sí se daban.

La única duda que se podía suscitar para avalar la vía de la *cláusula de salvaguarda*, radicaba en el momento en que se proclamó la DUI, casi diez años después de la aprobación de la Resolución 1244 (1999), fecha en la que ya podía considerarse a Serbia un Estado de Derecho. Sin embargo, como vimos, el origen del conflicto, la aprobación de la citada resolución y el establecimiento de una administración internacional en el territorio, fueron consecuencia directa de las graves violaciones de derechos humanos llevadas a cabo contra la población albanokosovar. Lo único que pudo detenerlas fue la 'ilegal' intervención de la OTAN en 1999 que, de no haberse producido, y continuando Kosovo bajo la administración de Serbia, difícilmente hubiera acabado con las violaciones de derechos humanos, y desembocado en 2008 en una situación de autonomía real.

La Corte podía haber decidido, efectivamente, que la *cláusula de salvaguarda* era de aplicación en Kosovo, y que por esa razón la DUI no había violado el Derecho internacional. Es decir, que no se trataba de un caso *sui generis*, sino que con ello la Corte podía haber formulado una especie de 'aviso para navegantes', un importante precedente que los Estados deberían tener muy en cuenta para evitar que su integridad territorial pudiera ceder ante un ejercicio legítimo del derecho de autodeterminación externo. Con ello, y me uno a los que así lo han afirmado, no se abriría ninguna Caja de Pandora, puesto que cuando nos encontramos ante graves violaciones de derechos humanos, existe una imperiosa obligación de actuar que nadie debería cuestionar. Además, al menos en el ámbito de la Unión Europea, no debería existir ningún temor a que, en el seno de Estados de Derecho que respetan escrupulosamente los

derechos fundamentales de sus ciudadanos y sus comunidades internas, puedan surgir casos de esta índole.

El dictamen de la Corte podría calificarse como decepcionante en tanto que no abordó definitivamente la cuestión del derecho de autodeterminación y porque las conclusiones apenas tuvieron incidencia en la situación de facto ya consolidada con el masivo reconocimiento de Kosovo, pero obviamente poco o nada se podía objetar a la afirmación de que el Derecho internacional no prohíbe que un grupo de personas, más o menos organizadas, proclamen la independencia de un territorio. Precisamente por eso, como ha demostrado el tiempo, resultaron extemporáneas las opiniones de quienes sostenían que el dictamen contribuiría a alentar las diversas reclamaciones secesionistas¹⁵⁴, las apocalípticas predicciones del juez Koroma, que consideró el dictamen como un “manual para grupos secesionistas”¹⁵⁵, o las de quienes afirmaron que no haber declarado ilegal la DUI habría impulsado a los serbios a promover “la reconquista” de Kosovo con medios militares¹⁵⁶.

Parece claro que el dictamen de la Corte no ha representado ningún peligro, aunque quizá tampoco haya tenido ninguna utilidad, o al menos, la utilidad que se esperaba en el caso de que hubiera decidido abordar los temas y despejar las muchas dudas que se ciernen sobre el derecho de secesión, desalentado (o legitimando) posibles reclamaciones secesionistas.

La escasa utilidad de la Opinión consultiva tuvo su reflejo en la incapacidad de la Asamblea General para, de conformidad con ella, tomar medidas para solucionar el conflicto. Así pues, pese a que el propio Secretario General se lavó las manos señalando, cuando transmitió el dictamen a la Asamblea

¹⁵⁴ GUTIÉRREZ, C. y BERMEJO, R., “Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre la declaración de independencia, su constitución y otras reflexiones”, cit., p. 11.

¹⁵⁵ Opinión disidente del juez KOROMA, párr. 4.

¹⁵⁶ PETERS, A., “Does Kosovo Lie in the Lotus-Land of Freedom?”, cit., p. 108.

General, que será esta quien “determinará cómo proceder”¹⁵⁷, la Resolución 64/298, de 9 de septiembre de 2010, patrocinada conjuntamente por Serbia y los veintisiete Estados miembros de la Unión Europea, no hizo más que “reconocer” el contenido de la Opinión consultiva de la Corte y apenas aportó nada a la resolución del conflicto, más allá de buenas intenciones carentes de toda virtualidad, ya que la posición de las partes (tanto de los Estados que apoyaron la DUI como de los que la rechazaron), no han experimentado hasta la fecha cambios relevantes. Al contrario, el propio Secretario General destacó, poco después y en otras ocasiones, el incremento de la “inestabilidad y de las tensiones existentes en el norte de Kosovo a raíz de la opinión consultiva”¹⁵⁸.

A la vista de todo lo que hemos expuesto aquí, cabría concluir que la Corte de La Haya, en su dictamen, ni avala la independencia de Kosovo ni la rechaza; que de acuerdo con ese dictamen, el caso de Kosovo no puede calificarse como un caso excepcional susceptible de invocar la *cláusula de salvaguarda (secesión-remedio)* puesto que las violaciones masivas de los derechos humanos se producían y se producen en muchas partes del mundo y no se han amparado en ella; y que la Corte desperdició una excelente ocasión para establecer, o al menos clarificar, el alcance de dos de los principios sobre los que se erige el Derecho internacional contemporáneo: la libre determinación de los pueblos y la integridad territorial de los Estados.

Desde la perspectiva del Derecho internacional general, la Opinión consultiva, diciendo poco sobre Kosovo, insinuó algunas cosas si no relevantes, al menos, significativas. Confirmó que no existe prohibición alguna respecto de las declaraciones unilaterales de independencia en el Derecho internacional. Dejó entrever, implícitamente, que el Derecho internacional no prohíbe la secesión,

¹⁵⁷ INFORME DEL SECRETARIO GENERAL, de 29 de julio de 2010, S/2010/401, párr. 55.

¹⁵⁸ *Ibid.*, S/2010/562, párr. 59; Informe del SG de 3 de agosto de 2012, S/2012/603.

pero sí posee una presunción contraria a la misma. Descartó la utilización de la cláusula de salvaguarda, desactivándola definitivamente como recurso a la secesión en casos de violación de derechos humanos. Apeló a la prudencia frente al reconocimiento prematuro por parte de los Estados. Y confirmó, en definitiva, que apoyar la causa de un Kosovo independiente constituía sobre todo una decisión política más que una decisión jurídica.

Finalmente, cabría concluir afirmando que, al igual que desde que se produjo la intervención de la OTAN en 1999 expulsando a los militares serbios de Kosovo, existió una convicción generalizada en la comunidad internacional de que Kosovo acabaría siendo un Estado independiente, también existía esa misma convicción respecto a que Serbia jamás reconocería a Kosovo y que el Consejo de Seguridad tendría que intervenir en la cuestión. La realidad es que actualmente son 104 Estados los que han reconocido a Kosovo.

En definitiva, la decisión de la Corte no ha influido en absoluto en la solución de los asuntos pendientes en la región (como el control del norte del territorio de Kosovo por parte de los serbios) ni tampoco en los escasos progresos que se han realizado, como la autorización por parte de Serbia para utilizar del nombre Kosovo para participar en acuerdos y reuniones multilaterales. Una gran expectativa jurídica que, como era previsible, se disolvió en medio del océano de la *real politik*.

CAPÍTULO SEXTO

AUTODETERMINACION Y EMOCIONES POLÍTICAS: LA INFLUENCIA DEL '*HATE SPEECH*' (DISCURSO DEL ODIO) EN EL CASO DE KOSOVO

Ha pasado casi un siglo desde que William McDougall, en su obra *The Group Mind* (1920-27) sostuviera que la psicología y el estudio de las emociones resultaban imprescindibles para comprender los enigmas del nacionalismo y de la llamada identidad nacional. Ante la redefinición de las fronteras de Europa que se gestaba en la Conferencia de París al término de la I Guerra Mundial, este profesor de Harvard entendía que la idea de Nación y su construcción a lo largo de la historia necesitaban de conceptos psicológicos precisos y operativos. En este sentido proponía estudiar con profundidad la naturaleza y condiciones que hacen posible la formación psicológica y emocional de la mente y del carácter nacional¹.

¹ MACDUGALL, W., *The Group Mind*, BiblioLife, London 2009, p. 38-46.

Durante el período de entreguerras y, de nuevo, al término de la Segunda Guerra Mundial un buen número de intelectuales, historiadores y académicos buscaron en la psicología de las emociones una explicación última al fenómeno nacionalista. No se concebía como enteramente lógico y racional; al contrario, como afirmó Snyder, “debe ser considerado ante todo un estado mental, un acto de conciencia, un hecho psicológico”². En efecto, la psicología conductista y el lenguaje de las emociones revisten una extraordinaria importancia en la construcción social y cultural de la identidad nacional³. La idea de nación y de comunidad nacional necesitan, en cierto modo, de la psicología para ser imaginadas. Así, resulta muy difícil referirse a ese mundo sin hablar al mismo tiempo del *carácter* nacional, la *psicología* nacional, la *conciencia* colectiva, la *personalidad* colectiva, la defensa de la *identidad*, la necesidad de *pertenencia*, la *mente* del grupo, la *sugestión* colectiva, la *memoria* colectiva, el *instinto* del pueblo, el *instinto* territorial, el *miedo* al extraño, la lógica del *resentimiento*, el *inconsciente* colectivo, el encuentro con el *Otro*, la necesidad de *reconocimiento*, la *autoestima* colectiva, la falacia de la Nación, la lógica de los *prejuicios*, el peso de los *estereotipos*...⁴

Como afirma Arias Maldonado en su obra *La Democracia Sentimental*, la movilización de emociones, sentimientos y mitologías constituye un elemento necesario tanto para legitimar la propia comunidad política y el Estado, como para separar los Estados entre sí. “Son los *dioses útiles* de la era postmetafísica”⁵. Así pues, en su permanente empeño y necesidad legitimadora, todos los Estados echan mano de símbolos y narrativas que

² SNYDER, L., *The Meaning of Nationalism*, NY, Ebenstein, 1955, p. 127.

³ *Ibid.*, p. 95-106.

⁴ ANDERSON, B., *Comunidades imaginadas*, cit., p. 35.

⁵ ARIAS MALDONADO, M., *La Democracia sentimental, Política y emociones en el siglo XXI*, Madrid, Página Indómita, 2016, p. 140.

crean una cierta ilusión comunitaria. Arias considera que, en los Estados liberales, esta épica emocional es bastante 'blanda' (lo denomina 'nacionalismo banal' –cívico o político-: presencia atenuada de un relato nacional que sirve de pegamento sentimental para justificar instituciones democráticas). Sin embargo, en los que denomina 'nacionalismos culturales', existe una decidida y activa intención de *nacionalizar* a los ciudadanos. Estas herramientas se utilizan para exaltar emociones, para crear sentimientos nacionales excluyentes que destruyen la ciudadanía común. Existen, pues, grupos, sociedades, obsesionadas con su identidad y existen otras en las cuales la identidad ocupa un lugar secundario⁶.

En determinados contextos existe siempre una tentación latente de activar sentimientos de pertenencia, de crear emocionalmente identidades, frente a las cuales la apelación a una racionalidad discursiva resulta absolutamente inútil. Allí donde se dan condiciones culturales e históricas para la activación de un nacionalismo –afirma Arias–, terminará por emerger un movimiento político orientado a tal fin. En todo caso, hay que unir estas dos perspectivas en la dimensión emocional del nacionalismo: '*activación*' y '*creación*' de los sentimientos de identidad y pertenencia. En efecto, en el nacionalismo se producen ambos fenómenos: hay una construcción del relato nacional –creada por una élite o movimiento político– utilizando para ello la materia prima de una cultura e historia subyacente que se manipula y recrea para inventar tradiciones⁷.

Pero lo esencial que interesa a nuestro propósito está en los medios a través de los cuales se produce esa activación del sentimiento nacional. Para llegar a la '*comunidad imaginada*', Anderson subraya la necesidad de establecer un

⁶ *Ibíd.*, p. 141.

⁷ *Ibíd.*, p. 141-142.

vínculo indestructible entre la conciencia nacional y los instrumentos de la modernidad: la educación pública, las políticas lingüísticas y culturales, el discurso político y, muy especialmente, los medios de comunicación⁸. En efecto, Anderson alude al papel esencial de la prensa en la producción de 'conciencia nacional'. Sin el desarrollo de la industria editorial y periodística sería difícil crear y activar la identidad y el sentimiento de pertenencia. En ese sentido, resultan reveladoras sus observaciones acerca de la '*lectura matutina del periódico*' como ritual que permite una suerte de comunión con millones de connacionales (ya HEGEL indicó que la lectura diaria de la prensa funciona como un *Ersatz* de las oraciones matinales en una sociedad secularizada)⁹.

En este último capítulo trataremos de explorar la estrecha relación entre la exaltación de emociones y sentimientos identitarios y el surgimiento de la violencia y el odio étnico en el contexto de la disgregación de la antigua Yugoslavia, y el decisivo (y sorprendente) papel que ha jugado la prensa, a través del denominado *hate speech* (*discurso del odio*), con una incidencia e intensidad especial en relación al conflicto de Kosovo.

1. EL PODER DE LAS EMOCIONES POLÍTICAS

En el panorama actual ha sido Martha Nussbaum quien más extensamente se ha preocupado de estudiar la ineludible influencia de las emociones en la deliberación pública y la necesidad de canalizarlas para reforzar los principios o compromisos clave sobre los que debe sustentarse toda comunidad: inclusión, igualdad, compasión, justicia, etc. Su obra *Emociones políticas* resulta

⁸ ANDERSON, B., *Comunidades imaginadas*, cit., p. 64-72.

⁹ *Ibíd.*, p. 35-49.

paradigmática a este respecto¹⁰. Para Nussbaum, todas las sociedades, sin excepción, están llenas de emociones, tanto las que consideramos más afines a ser manipuladas por ellas (las de corte autoritario regidas por líderes carismáticos), como las democracias liberales aparentemente más racionales e inmunes frente a la emoción. Cualquier jornada en la vida política de cualquier régimen político estaría salpicada de un nutrido repertorio de emociones: ira, miedo, simpatía, asco, envidia, culpa, aflicción y múltiples formas de amor. Ciertamente, algunos de los episodios emocionales que se viven en las sociedades no tienen que ver directamente con los principios políticos o con la cultura pública. Pero otros muchos sí inciden directamente en la conformación de la idea de nación, los objetivos de la nación, las instituciones y los dirigentes de la nación, su territorio, y la percepción de los conciudadanos como habitantes con los que se comparte un espacio público común. En definitiva, todos los principios políticos, sean del signo que sean, precisan para su materialización y su supervivencia de un apoyo emocional que les procure estabilidad a lo largo del tiempo. Y cualquier sociedad, para protegerse frente a la división, debe cultivar sentimientos apropiados de *simpatía* y *amor*, frente a los de *desconfianza* y *odio*¹¹.

Subraya Nussbaum que la mayoría de las personas tienden a la 'estrechez' en lo que a su 'simpatía' se refiere y, por ello, pueden dejarse atrapar fácilmente por proyectos narcisistas y olvidarse de quienes se sitúan fuera de su círculo de afinidades. En este sentido, las emociones que tienen por objeto la *nación* y sus objetivos básicos pueden ser muy útiles para conseguir que las personas piensen con mayor amplitud de miras y se comprometan con un bien común general, aunque también pueden ser utilizadas para todo lo contrario, para

¹⁰ NUSBAUM, M.C., *Emociones políticas, ¿Por qué el amor es importante para la justicia?*, Barcelona, Paidós 2014.

¹¹ *Ibíd.*, p. 31-32.

suscitar sentimientos identitarios hacia el interior del grupo y de rechazo hacia el exterior. Así pues, resulta fundamental mantener bajo control ciertas 'emociones públicas' que acechan en todas las sociedades y, en último término, en el fondo de cada individuo: la tendencia a proteger el 'yo' (o el 'nosotros') denigrando, rechazando o sometiendo a los 'otros'. Emociones como el *asco* y la *envidia*, o el *deseo de avergonzar a otros*, están presentes en todas las sociedades y, muy probablemente, en todas las vidas humanas individuales. Cuando estas emociones se descontrolan, pueden infligir un gran daño social. Y ese daño puede ser muy considerable cuando se constituyen como guías en el proceso de la elaboración de las leyes y en la creación de estereotipos (cuando, por ejemplo, la repugnancia que una población siente por otro grupo de personas se utiliza como motivo válido para tratar a este último de manera discriminatoria). Pero incluso cuando una sociedad no ha caído aún en semejante trampa –advierte Nussbaum– esas emociones continúan acechando en su interior y tienen que ser contrarrestadas enérgicamente mediante una educación que permita apreciar la plena humanidad e igualdad de todas las personas (uno de los logros más difíciles y más frágiles de la humanidad)¹².

Nussbaum critica la escasísima atención que la historia de la filosofía política ha dedicado al análisis psicológico de la intolerancia y de los vínculos sociales, frente a la enorme importancia que los sentimientos y emociones cívicas (positivas o negativas) tienen en la conformación y estabilidad de las sociedades. El desafío que ella pretende afrontar es, precisamente, ese: explicar cómo puede una sociedad 'decente' fomentar su estabilidad y sus valores positivos, más allá de la supuesta 'neutralidad emocional' defendida por

¹² *Ibíd.*, p. 35.

el pensamiento liberal clásico de Locke¹³ y Kant¹⁴; pero sin convertirse por ello en una sociedad de corte dictatorial como en el modelo de la 'religión civil obligatoria' ideado por Rousseau¹⁵.

¹³ Sostiene Nussbaum que el liberalismo clásico, representado por John Locke, en su defensa de la tolerancia religiosa, reconoció que la animosidad entre los miembros de las diferentes religiones era un serio problema en la Inglaterra de su época; por ello, instaba a la adopción de actitudes como «la caridad, la bondad y la liberalidad» y recomendaba que las iglesias aconsejaran a sus fieles sobre «los deberes de paz y buena voluntad hacia los hombres, tanto los equivocados como los ortodoxos». Locke, sin embargo, nunca trató de extenderse sobre los orígenes psicológicos de la intolerancia y nunca analizó la naturaleza de las actitudes negativas y cómo podían combatirse. Tampoco recomendó ninguna medida pública dirigida a moldear las actitudes psicológicas. Dejaba el cultivo de las actitudes positivas al albur de los individuos y de las iglesias. Y dado que era precisamente en estas donde se encontraban las malas actitudes, Locke sostenía su proyecto sobre un terreno frágil e inestable. Aun así, a su juicio, el Estado liberal debía ceñirse exclusivamente a proteger los derechos de las personas a la propiedad y a otros bienes políticos si (y solo si) estos eran atacados por terceros. Pero así la tolerancia religiosa es una forma de intervención demasiado tardía. El silencio de Locke acerca de la psicología de la sociedad digna ha prevalecido en la filosofía política liberal de la tradición occidental, porque se tenía la sensación de que, recetando cualquier tipo de cultivo emocional, se podía incurrir fácilmente en una limitación de la libertad de expresión o en otras medidas incompatibles con las ideas liberales de libertad y autonomía. Esa fue explícitamente la concepción de Immanuel Kant (cfr. *Ibid.*, p. 36)

¹⁴ Kant se detuvo algo más en la psicología humana que Locke. En su obra *La religión dentro de los límites de la mera razón*, argumenta que la mala conducta en sociedad no es un simple producto de las condiciones sociales imperantes en ese momento: tiene sus raíces en la naturaleza humana universal, que encierra ciertas tendencias al abuso de otras personas (es decir, a tratar a esos otros individuos no como fines en sí mismos, sino como instrumentos). Él llamó a tales tendencias el «mal radical». Dichas propensiones negativas impulsan a las personas a la envidia y a la competición con otras en cuanto coinciden con estas en sociedad. Kant creía que los individuos tienen el deber ético de integrarse en un grupo que refuerce las predisposiciones positivas que ya tienen (las tendencias que les inducirían a tratar bien a otras personas), para que estas tengan mayores probabilidades de imponerse a las negativas. Opinaba, por ejemplo, que toda Iglesia del tipo adecuado sería una estructura de apoyo para la moralidad social y llegó incluso a sostener que, por consiguiente, todas las personas tenían la obligación ética de ingresar en una Iglesia así. De todos modos, Kant llegó a la conclusión de que el Estado liberal en sí contaba con armas muy limitadas en su guerra contra el mal radical.

Para Nussbaum, las emociones no son simples impulsos, sino que incluyen también valoraciones. Así pues, para que podamos hablar de un Estado 'decente' hay que asegurarse bien de que el contenido de las emociones apoyadas por el Estado no sea el de una concreta doctrina comprensiva que excluya cualquier otra (o que incluso pretenda o fomente el odio o la exclusión de alguna otra). Para garantizar esto propone "imaginar vías a través de las cuales las emociones puedan servir de apoyo a los principios básicos de la

Al igual que Locke, Kant pareció entender que la labor primordial del Estado es la protección legal de los derechos de todos sus ciudadanos. Pero, a la hora de adoptar medidas psicológicas para procurar su propia estabilidad y eficacia, un Estado así tiene las manos atadas por mor de su compromiso mismo con libertades como la de expresión y la de asociación. A lo sumo, según Kant, el gobierno puede conceder subvenciones económicas a estudiosos y expertos que trabajen en el desarrollo de la «religión racional» de la que el propio filósofo alemán era partidario: una religión que predicaría la igualdad humana y exhortaría a las personas a la obediencia a la ley moral. Kant se inspiraba en (y, al mismo tiempo, reaccionaba contra) su gran predecesor, Jean-Jacques Rousseau, que es la fuente primaria del concepto kantiano de 'mal radical' (*Ibid.*, p. 36-37)

¹⁵ En *Del contrato social*, Rousseau sostuvo que para que una sociedad buena permanezca estable y motive a llevar a cabo proyectos (como el de la defensa nacional) que impliquen algún tipo de sacrificio, necesita una «profesión de fe puramente civil», entendida como un conjunto de «sentimientos de sociabilidad, sin los cuales es imposible ser buen ciudadano ni súbdito fiel». En torno a ese credo público —una especie de deísmo moralizado, fortalecido con creencias y sentimientos patrióticos—, el Estado crearía una serie de ceremonias y rituales que generarían vínculos fuertes de un amor cívico ligado a obligaciones para con otros ciudadanos y para con el país en su conjunto. Rousseau creía que la «religión civil» resolvería problemas relacionados con la ausencia de estabilidad y de motivaciones altruistas en la sociedad que él se imaginaba. Sin embargo, según su propia argumentación, solo alcanzaría ese objetivo si se hacía cumplir mediante coacción, suprimiendo ciertas libertades clave relativas a la expresión (tanto religiosa como de otro tipo). El Estado, según esa visión rousseauiana, debería castigar no solo aquellas conductas dañinas para terceros, sino también las creencias y expresiones que no se conformaran a las de la religión civil, usando para ello medios que iban desde el destierro hasta la pena capital. Para Kant, ese era un precio demasiado elevado: ningún Estado decente debería recurrir a la coerción de ese modo, eliminando con ello áreas clave de la autonomía personal. No se le ocurrió cuestionar, sin embargo, la idea (que parecía compartir con Rousseau) de que una «religión civil» solo podría ser eficaz si se hacía cumplir por la vía de la coacción (*Ibid.*, p. 37).

cultura política de una sociedad imperfecta, pero *aspiracional* (es decir, que aspira a cumplir con unos ideales), un área de la vida en la que puede esperarse que todos los ciudadanos coincidan, siempre que respalden unas normas básicas de igualdad de respeto para todos y todas: el área de lo que Rawls denominó el «consenso entrecruzado»¹⁶.

Como dijimos, Nussbaum parte de que las emociones negativas son una parte inherente a los individuos humanos y a las sociedades, en tanto que son punto necesario de conexión de los individuos; precisamente por eso se plantea la manera de conseguir fomentar emociones positivas, cohesionadoras, en el ámbito público, que doten de estabilidad a las sociedades, superando los sentimientos negativos con los que todo individuo viene ya pertrechado, pero respetando los principios liberales básicos; es decir, sin que esto suponga un ejercicio de manipulación o adoctrinamiento por parte del Estado.

1.1. Las emociones en el ámbito público

La pregunta crucial que se plantea Nussbaum es: ¿cómo se generan las emociones públicas? La respuesta a esta pregunta remite, en un primer momento, a la retórica de los líderes políticos y, ciertamente, ese es un 'escenario' importante de la emotividad pública. Pero los líderes políticos la generan de muchas formas: con sus cuerpos, con su ropa, con sus gestos, etc. Pero también el Estado –afirma Nussbaum– genera emotividad pública a través de múltiples instrumentos: monumentos, edificios, parques, himnos, películas y fotografías oficiales, el sistema educativo, incluso el deporte. Pero todo ello nos sitúa ante una realidad evidente: analizar la emotividad pública exige enfrentarse a las complejidades del patriotismo, una especie de dios Jano, que

¹⁶ *Ibíd.*, p. 38.

tiene dos caras. Por un lado, mira 'hacia fuera', llamando al 'yo' a cumplir obligaciones para con los otros, a sentir la necesidad de realizar sacrificios por un bien común. Por otro lado, y con igual obviedad, mira también 'hacia dentro', invitando a quienes se consideran a sí mismos 'buenos' o 'verdaderos', primero a distinguirse de los foráneos considerándolos subversivos, y más tarde a excluirlos y reprimirlos. Igual de peligroso resulta el patriotismo cuando se utiliza para definir la *nación* por dentro, como exigencia primaria de identidad que la convierte en superior al individuo, que cuando se utiliza como contraposición a los rivales y enemigos exteriores, agitando 'sentimientos bélicos' contra ellos (en el sentido de la 'religión civil' *patriótica* propuesta por Rousseau sustitutiva de los dogmas cristianos pacifistas)¹⁷.

Nussbaum asume no solo la presencia real y evidente de la emotividad en el ámbito público, sino su importancia fundamental para el progreso (la consecución de metas valiosas) y para el mantenimiento de la cohesión y estabilidad social. En realidad, para ella, el patriotismo, el 'sentimiento nacional', responde a una pasión humana fundamental: la '*simpatía*', una emoción sobre la que ha reflexionado mucho en relación con la justicia y que considera esencial fomentar para garantizar una deliberación pública que tenga en cuenta a las personas reales y sea capaz de generar una convivencia humana enriquecedora¹⁸.

No obstante, observando los infinitos ejemplos que la historia brinda sobre la perversión de esa emoción, comprende que muchas personas razonables miren con escepticismo toda apelación al sentimiento patriótico, tenga el fin que tenga. Es más, quienes se tienen por liberales consideran que la estabilidad de las sociedades depende fundamentalmente de la mitigación (incluso la

¹⁷ *Ibid.*, p. 246-248.

¹⁸ NUSSBAUM, M.C., *Justicia poética*, Barcelona, Andrés Bello, 1997.

eliminación) de toda emotividad en el ámbito público. Sustituyendo el carácter irracional de la *emoción* por el carácter racional de la *educación*, que permite fomentar ciudadanos capaces de pensar y deliberar por sí mismos en base a principios racionales. Nussbaum considera muy loable este planteamiento, desde un punto de vista teórico, pero señala que hay algo que supieron percibir los filósofos políticos clásicos y que olvidan los detractores del patriotismo: no se puede prescindir en el ámbito público de la emotividad patriótica porque solo apelando a ella pueden llevarse a cabo aquellos proyectos especialmente valiosos que implican notables sacrificios en favor de los otros. Nussbaum recuerda que Comte, Mill, o Tagore dieron a la idea de nación un lugar de honor en sus respectivas teorías de la '*simpatía*' extendida¹⁹. El propio Mazzini subrayó que el 'sentimiento nacional' podía desempeñar un papel muy valioso para la creación de una sociedad 'decente' basada en la libertad y la justicia. Es decir, el patriotismo no tiene por qué significar estrechez de vínculos y exclusión, sino que, a través del patriotismo, puede realizarse una transición desde unas *simpatías* estrechas hacia otras más extensas²⁰.

Ciertamente, admite Nussbaum, la presencia de emociones públicas supone navegar por un mar estrecho y sortear los peligros de los modernos Escila y Caribdis. El primero de ellos, *Escila*, era un monstruo con múltiples cabezas y dientes afilados, que atraía a los viajeros desde una de las orillas del angosto desfiladero. Una de las 'cabezas' que acecha a la emotividad pública es el peligro de unos valores patrióticos mal orientados y excluyentes, que, en lugar de fomentar 'simpatía', fomentan los sentimientos perversos de la 'envidia' y el 'asco' (que son la antesala del odio). Una segunda 'cabeza' es el peligro de someter la conciencia de una minoría a una carga indebida mediante la imposición de acciones rituales. Una tercera 'cabeza' la constituye el exceso de

¹⁹ NUSBAUM, M.C., *Emociones políticas*, cit., p. 250.

²⁰ *Ibíd.*, p. 249-250.

énfasis en la solidaridad y la homogeneidad, capaz incluso de eclipsar el espíritu crítico. En la otra orilla del estrecho acecha *Caribdis*, un remolino infernal que engulle a todo navío que se acerca demasiado huyendo de Escila. El Caribdis moderno radica en el peligro de una motivación diluida, aguada, devahída. La realidad de sociedades que tratan de gestionar sus asuntos públicos sin el respaldo de una emoción compartida²¹.

Las personas de verdad, según Nussbaum, no se enamoran de las ideas abstractas como tales si no hay de por medio un aparato adicional de metáforas, símbolos, ritmos, melodías, elementos geográficos concretos, etc. Los verdaderos líderes políticos saben ver esto muy bien. Si Martin Luther King hubiera escrito sus textos a la manera de Rawls –afirma Nussbaum– la historia mundial habría sido muy diferente. La viveza, el grafismo y la particularidad son determinantes cruciales de la respuesta emocional y, por ende, de la acción altruista y de la empresa común²².

Siempre hay personas a las cuales les mueve el amor por los principios justos presentados simplemente como tales, en su versión abstracta; pero –señala Nussbaum– “la mente humana es extravagante y particularista, y es más fácilmente capaz de concebir una adhesión fuerte si esos principios elevados son conectados con un conjunto particular de percepciones, recuerdos y símbolos más hondamente enraizados en la personalidad y en la sensación que las personas tienen de su propia historia”²³. Esa manera de fomentar y encauzar las emociones puede descarriarse con facilidad y conseguir una estabilidad social, pero por las razones equivocadas (afirmando la superioridad de una determinada tradición histórica, religiosa o lingüística particular). Ahora bien, si no se manipulan las fuentes de la memoria histórica y los ideales

²¹ *Ibid.*, p. 251.

²² *Ibid.*, p. 268.

²³ *Ibid.*, p. 254.

políticos son concordes con valores básicos de libertad, justicia e igualdad, siempre es posible trascender los problemas del sentimiento nacional y conseguir que las emociones y los símbolos adquieran un poder motivador que las simples abstracciones nunca tendrán. Esto sucede en sociedades bien ordenadas con ciudadanos responsables. Pero en sociedades imperfectas que aspiran a la justicia, la necesidad de relatos y símbolos particulares resulta imperiosa²⁴.

Nussbaum explica que todas las grandes emociones son «*eudemónicas*», es decir, que evalúan el mundo desde el punto de vista de la propia persona y, por consiguiente, desde la perspectiva de la concepción (en evolución) que tiene cada persona de lo que es una vida que vale la pena. Lloramos la pérdida de las personas que nos importan, no la de las que son unas extrañas para nosotros. Tememos los daños que puedan afectarnos a nosotros y a aquellos que nos importan, pero no tememos los terremotos que puedan suceder en Marte. El *eudemonismo* no es egoísmo: podemos entender que otras personas tienen un valor intrínseco, pero las que suscitan emociones reales en nosotros son aquellas con las que estamos conectados, por así decirlo, a través de nuestra imaginación de lo que es una vida valiosa, lo que Nussbaum califica como “nuestro ‘círculo de interés’ o de preocupación”²⁵. Así pues, para conseguir que las personas que nos resultan ajenas y distantes, y también los principios abstractos, lleguen a captar nuestra emoción (resulten agentes impulsores de nuestra acción) hay que conseguir situarlas en ese ‘círculo de interés’, creando la sensación de que esas personas y esos acontecimientos importan realmente en ‘nuestra vida’ porque son parte de ‘nosotros’ mismos, de nuestro bienestar y de nuestra prosperidad. Y para esa función, entiende Nussbaum, se necesitan dos elementos cruciales: los símbolos y la poesía, sin

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibid.*, p. 256.

los cuales resulta imposible ese movimiento de inclusión de lo ajeno o abstracto en nuestro ámbito de interés real²⁶.

En el momento en que concluyo la revisión de esta tesis doctoral hace pocos días que se ha producido el lamentable incendio de la catedral de *Notre Dame* de París, que ha destruido buena parte del templo. Basta mirar las imágenes de televisión y leer los diarios de toda Europa y las redes sociales, para constatar el enorme impacto emocional que ha generado la destrucción de este símbolo. De pronto, una Francia fragmentada y en una incipiente crisis económica y política, con un clima social agitado por la violencia callejera de los ‘chalecos amarillos’, golpeada reiteradamente por el terrorismo, ha descubierto en *Notre Dame* el símbolo emocional que necesitaba (y no había encontrado hasta ahora) y que ha conseguido destapar en los franceses un renovado sentimiento patriótico nacional que los ha aglutinado en torno a una causa común (la reconstrucción de la catedral), que ha rehabilitado milagrosamente su empolvada identidad, rememorando un hito histórico emocional paralelo acaecido en el siglo XIX (la salvación de la ruina que ese mismo templo amenazaba por efecto de la novela de Victor Hugo ‘*Notre Dame de París*’) y que ha movido al presidente Macron a abanderar esta causa, en un discurso casi programático en torno a este símbolo de la identidad francesa, que ha impulsado a las grandes fortunas de Francia a donar cientos de millones de euros para la reconstrucción y que todos los franceses han asumido como causa común en la que desean participar con pequeñas o grandes aportaciones monetarias.

La necesidad de fomentar las emociones amorosas (la *simpatía* en particular) resulta patente cuando consideramos la tremenda amenaza que el ‘asco’ representa para la moralidad. El ‘asco’, sostiene Nussbaum, hace peligrar

²⁶ *Ibid.*, p. 257.

cualquier proyecto nacional que implique algún tipo de sacrificio altruista por el bien común, ya que divide a la nación entre ‘buenos’ o ‘verdaderos’ y los otros. Los principios abstractos nunca consiguen por sí solos superar las emociones del ‘asco’ o la ‘envidia’. Cuando, por ejemplo, se representa gráficamente al otro como ‘subhumano’, el antídoto contra ese estereotipo (que no es sino un modo de *imaginar* a los demás) solo puede venir por la vía de la imaginación, en forma de experiencias de visión del otro como alguien plenamente humano. Si la imaginación ha deshumanizado a otro, solo la imaginación puede volver a humanizarlo. Nussbaum pone un ejemplo, muy afín al ámbito norteamericano: si en la mente de algunos individuos, los afroamericanos son unos repugnantes animales hipersexuales, fuente de toda clase de perversiones y enfermedades, el único modo que tiene la nación para conseguir que esas personas sean percibidas de manera diferente es ofreciendo a los ciudadanos ‘*narrativas*’ (propuestas imaginativas) que retraten de manera distinta las vidas de los afroamericanos, exponiéndolas como unas vidas plenamente humanas, muy cercanas a las vidas de aquellos que los desprecian y muy próximas a sus fines y aspiraciones. Ese fue uno de los grandes logros de Martin Luther King, que supo promover la transformación emocional de la gente que lo seguía²⁷. Todo llamamiento al altruismo que no emplee la imaginación y las emociones, afirma Nussbaum, dejará vivas las muy poderosas fuerzas de división que acechan a toda sociedad y que, probablemente, echarán siempre abajo cualquier proyecto que implique un esfuerzo común. Sin embargo, cuando las personas están emocionalmente imbuidas del sentimiento patriótico, entonces

²⁷ En esa tarea, la literatura juega un papel fundamental. Basta comprobar el efecto catártico que sobre la población blanca generó la novela de Harriet Bercher-Stow, *La cabaña del tío Tom*, para dar un cambio radical a la consideración de los afroamericanos en los Estados Unidos. (Vid. TALAVERA, P., *Derecho y Literatura*, Granada, Comares, 2006, p. 21-29).

se aceptan unos a otros como miembros de una misma familia con la que comparten fines comunes; es decir, crece la *simpatía* a base de imaginación²⁸.

Partiendo de la convicción de que las emociones no solo son favorables sino indispensables para impulsar los mejores valores y contribuir a proyectos comunes de mejora y progreso, Nussbaum subraya que el peligro de Escila es el más grave y acecha siempre, pero puede sortearse. Aunque cuando se cae en sus garras, entonces la intensidad emocional del sentimiento patriótico genera consecuencias indeseables. El caso de los Balcanes es un paradigma. Para evitar a Escila hay que depurar los relatos que sustentan la historia y la identidad actual de la nación de todo sesgo excluyente; es decir, evitando incidir en la especial aportación histórica a la identidad de un determinado grupo étnico en detrimento de otros, y mucho menos omitiendo o denigrando la aportación de otros. Un *relato nacional* nunca puede ser excluyente, porque siempre ha recibido aportaciones de todos los que integran la nación, incluidos aquellos que más recientemente se hayan incorporado. No existen las identidades puras ni los grupos incontaminados. Este ha sido, para Nussbaum, el gran acierto de naciones, como Estados Unidos o la India, y el gran error de la mayoría de las naciones europeas. Relatos excluyentes generan etnocentrismo y este es el riesgo esencial de que se acaben imponiendo valores perversos²⁹.

Ese riesgo también se produce cuando Escila pretende imponer la homogeneidad y la solidaridad interna como valor absoluto, excluyendo la libertad de expresión individual y la posibilidad de disenso. Y no es infrecuente que una emotividad patriótica exacerbada acaba por constituir un ámbito de presión en el cual no caben las voces críticas. Pero Nussbaum subraya la

²⁸ NUSBAUM, M.C., *Emociones políticas*, cit., p. 257-258.

²⁹ *Ibíd.*, p. 258-259.

necesidad de generar admiración y emotividad justo hacia lo contrario. Conmover con relatos que exaltan precisamente la disconformidad, refrendando y reflexionando sobre el alto valor de esta actitud. De ese modo, procede presentar como actitud verdaderamente patriótica a aquella que rechaza la ortodoxia y la presión coercitiva y exalta, por el contrario, la libertad de expresión y de conciencia. También aquí el ejemplo de los Estados Unidos resulta paradigmático para Nussbaum. Muchos relatos de la revolución de independencia norteamericana y muchas obras inmortales de la literatura y el cine así lo han canonizado: *Matar a un ruiseñor* o *Doce hombres sin piedad*, son ejemplos paradigmáticos³⁰.

Es cierto que, en algunos países como Alemania, el peso de su pasado explica la existencia de una gran aprensión hacia cualquier invocación o exaltación de una emotividad fuerte en el ámbito político. Precisamente por eso, el propio Habermas elude toda referencia a las emociones y fundamenta su teoría del '*patriotismo constitucional*' sobre una adhesión puramente racional a principios abstractos. Pero si algo enseña la historia de Alemania es que las personas que defienden los valores liberales no deben ceder el terreno de las emociones a los fascistas si no quieren verse obligadas a tener que ceder en sus principios a largo plazo. Algo no muy lejano a este déficit de emotividad explica los problemas que atraviesa una entidad supranacional como la Unión Europea, cuyo proyecto se apoya en las tesis habermasianas, cuya excesiva abstracción dificulta la adhesión emocional de quienes no comparten 'relatos' conjuntos de unión y vida común, sino de rivalidad y desconfianza³¹.

A la hora de construir relatos de patriotismo que permitan cruzar el estrecho salvando a Escila y Caribdis, Nussbaum se adentra en las figuras de

³⁰ *Ibid.*, p. 264-265.

³¹ *Ibid.*, p. 269.

Washington, Lincoln, Luther King, Gandhi y Nehru. Analiza su retórica política, sus ademanes y actitudes, incluso su atuendo (modo de vestir), además de las canciones y los símbolos nacionales elegidos, y demuestra cómo resultaron fundamentales para construir la nación de ciudadanos libres e iguales y terminar con la injusticia de la esclavitud y la discriminación racial (en el caso de los Estados Unidos) y de fundar una nueva nación sobre la lucha contra la pobreza y la desigualdad (en el caso de la India). Citando a Renán, recuerda que una ‘nación’ no es una entidad cuya esencia nos venga dada sin más, sino “un principio espiritual” que se construye a partir de muchos ingredientes posibles. Estos dirigentes no invocaron una identidad nacional preexistente, sino que construyeron una identidad nueva con los materiales que la historia y la memoria habían puesto a su disposición; es decir, destacaron algunas realidades las coherentes con los principios y valores correctos) y minimizaron y omitieron otras (las susceptibles de generar emociones negativas o excluyentes)³².

El amor a la propia nación –sostiene Nussbaum– no es algo bueno en sí. De hecho, con bastante frecuencia resulta muy dañino. Los relatos nacionales pueden estar mal contruidos. Y, por supuesto, incluso lo que es esencialmente bueno puede enseñarse mal o manipularse para exaltar una emoción perversa. Con todo, cualquier nación que pretenda conseguir determinados objetivos que exijan sacrificar el interés propio, necesita apelar al amor a ella misma, acudiendo a los símbolos, la retórica, el recuerdo y la historia que suscitan la emoción compartida, tal y como hicieron los líderes a los que ella alude. Si las personas interesadas en paliar la pobreza, proteger minorías, garantizar libertades, democracia y justicia global –concluye Nussbaum– evitan los símbolos y la retórica, porque temen que invocar la emoción y la imaginación pueda resultar peligroso e irracional, entonces deben prepararse para que otras

³² *Ibíd.*, p. 273.

personas, con propósitos menos valiosos y justos, monopolicen esas fuerzas emocionales en detrimento de los principios básicos de la democracia y la justicia que se pretendían salvaguardar bajo una supuesta neutralidad carente de emotividad³³. Quizá los Balcanes, en general, y Kosovo, en particular, representen el exponente paradigmático de esta miopía europea.

1.2. La guerra como ámbito privilegiado de las emociones políticas

La intensidad emotiva del sentimiento patriótico varía según las circunstancias y el grado de relación efectiva que existen entre las personas que conforman una comunidad. Es más, existen determinadas circunstancias que, por su intensidad emotiva, pueden modificar radicalmente el grado de relación entre los individuos e incluso pueden hacer cambiar sus valores. En efecto, la realidad de una cohesión interna débil, que puede afectar a una parte significativa de personas en el contexto de una sociedad liberal de consumo, puede transformarse en un sentimiento de intensa simpatía y cercanía ante sus compatriotas, cuando se produce una circunstancia singular capaz de despertar en el individuo la conciencia emotiva del 'nosotros'. Esto da lugar a una situación paradójica en la que se suscitan emociones opuestas: violencia, exclusión y odio al otro (identificado como enemigo) y un elevado grado de altruismo y sacrificio que predispone a muchos a sacrificarse, e incluso, entregar su vida por la 'patria' o por la 'causa'. Este fenómeno puede generar situaciones de entusiasmo colectivo, que podemos observar, por ejemplo, aunque a una escala y con un carácter diferente, en el ámbito deportivo (el orgullo de pertenecer al equipo ganador o a la nación ganadora de un gran trofeo) y también situaciones de victimización colectiva (las víctimas del holocausto, los afroamericanos durante la segregación racial en USA o en

³³ *Ibíd.*, p. 309.

apartheid en Sudáfrica) e incluso suscitar sentimientos colectivos de odio o venganza por injusticias padecidas, reales o supuestas, muy frecuentes en las situaciones posteriores a las guerras civiles y que son las causantes de genocidios o limpiezas étnicas (*hutus* frente a *tutsis* en Rwanda, musulmanes en Bosnia o Kosovo). Algunos de estos sentimientos se suscitan en las personas cuando conocen, directa o indirectamente, lo que ha sucedido a otros que les son próximos, con los que se tiene un vínculo fuerte de familia, amistad o vecindad; en este caso cabe explicarlos por la simpatía natural que se genera en relación con estos vínculos. Pero hay circunstancias capaces de suscitar esos mismos sentimientos de cohesión emotiva con personas que nos son absolutamente ajenas, pero a las que esa circunstancia o acontecimiento las ha introducido en un 'nosotros', las ha hecho formar parte de ese círculo íntimo en el cual el sujeto se siente emotivamente vinculado con otros. La circunstancia o acontecimiento que con más intensidad genera este tipo de vínculo emotivo es la 'guerra'³⁴.

Para que se produzcan este tipo de sentimientos (como, por ejemplo, el orgullo por las proezas de los soldados del propio ejército) no es necesario que exista previamente un vínculo emotivo entre la persona y el estamento militar. Puede que ni siquiera antes haya existido conexión alguna. Y tampoco es necesario que el conflicto bélico tenga lugar en el territorio del propio país (y, por tanto, lo que nos vincula emotivamente con el propio ejército es algo evidente: está defendiendo nuestra vida, libertad o territorio). Pero basta con que el ejército de la propia nación luche por una causa que los ciudadanos asuman como propia, para que el vínculo emocional pueda surgir con total intensidad. Y viceversa: el ejército se alimenta del vínculo emocional creado con los ciudadanos de la patria. Así pues, basta con que la nación no sintonice emotivamente con la causa por la que lucha su ejército para que la moral de este decaiga y acabe

³⁴ GREIMAS, A.J. & FONTANILLE, J., *Semiotique des passions*, Paris, Seuil, 1991, p. 69-76.

fracasando o retirándose del conflicto (la guerra del Vietnam para los Estados Unidos es un exponente de este segundo tipo de vinculación emotiva)³⁵.

Una de las situaciones paradigmáticas en las que surgió un sentimiento fuerte de vinculación emotiva de los estadounidenses con el propio ejército fue la primera Guerra del Golfo. Según muestra el estudio de Hallin y Gitlin, en la víspera de la guerra la gente en los Estados Unidos estaba dividida, más o menos en partes iguales, acerca de la decisión de entrar o no en guerra contra Irak. Sin embargo, los medios de comunicación, especialmente la televisión, privilegiaban descaradamente las informaciones que recogían posiciones contrarias a la guerra, tanto en las ciudades grandes como en las pequeñas³⁶. No obstante, cuando la guerra comenzó, el panorama cambió radicalmente. En pocos días, el foco de la opinión pública pasó del debate al consenso: se podría decir que la guerra se desplazó “del ámbito secular al ámbito de lo sagrado”. La unión de toda la nación en apoyo de las tropas y de la bandera se convirtió en noticia de apertura en las televisiones y radios, y de primera página en la prensa local y nacional, hasta el punto de que los periodistas la exaltaban como manifestación suprema del espíritu patriótico de la comunidad. Los periodistas y los profesionales de las televisiones, cuando estos dos autores los entrevistaron para su investigación, declararon que se habían sentido ‘abducidos’ o ‘arrastrados’ –expresiones literales que recoge el estudio– por una marea de opinión que ‘inundaba’ y ‘empapaba’ a toda la población. En sus apariciones ante la pantalla o en sus artículos de opinión, subrayaban que ellos mismos estaban ‘implicados’ en esa causa justa y llamaban a los ciudadanos a implicarse también en apoyo de la misma³⁷.

³⁵ *Ibíd.*, p. 79.

³⁶ HALLIN, D.C. & GITLIN, T., *Agon and Ritual: The Gulf War as Popular Culture and as Television Drama*, NY, Harper Collins, 1993, p. 45-49.

³⁷ *Ibíd.*, p. 52-53.

Para las cadenas locales de televisión la guerra era, sobre todo, un desafío a la solidaridad de la nación americana, por lo que sus informaciones privilegiaron la necesidad de apoyar a las tropas que se estaban sacrificando por el ideal de la nación americana: la libertad, la justicia y la democracia (liberar a Irak del tirano). De una manera complementaria, las cadenas de ámbito nacional dedicaron la mayor parte de sus imágenes e informaciones a los aparatos, armas, mapas, soldados y oficiales americanos en el frente, hablando sobre todo de 'la gran hazaña norteamericana'. Su argumento consistía en describir la firmeza de los líderes americanos para evitar un peligro real (las armas de destrucción masiva), la potencia de la tecnología norteamericana y el valor, la determinación y la competencia de los soldados norteamericanos. Se trataba de presentar la operación bélica como un 'trabajo bien hecho', como algo bien pensado, organizado y ejecutado. Ese mito, que se construye sobre el cimiento de mitos y valores colectivos preexistentes, permitía interpretar el conflicto bélico como un '*símbolo*' de los valores norteamericanos: como un espíritu extraordinario y heroico en el cual se reconoce 'emotivamente' la colectividad en su conjunto y cada uno de sus miembros en particular y que la dota de una clara identidad³⁸.

Hallin y Gitlin señalan que la extraordinaria transformación que tuvo lugar en la información televisiva sobre la guerra se debió a la percepción de un consenso generalizado, un 'espíritu comunitario' que asumía como justa la causa bélica, frente al cual las razones económicas, los debates políticos o de cualquier otro tipo fueron rápidamente olvidados, de manera que lo único realmente importante para la gente era 'ganar la guerra'. Más allá de que la inteligencia militar pudiera manipular, más o menos, los medios de comunicación –en especial la televisión–, para estos autores, aquí se produjo una ritualización de la guerra, manifestada en la implicación y participación del pueblo y en una

³⁸ *Ibid.*, p. 56.

comunidad generalizada con los sentimientos y los símbolos patrióticos, de tanta o mayor intensidad que con los religiosos. Se trató de un proceso psicoanalítico de vinculación emocional entre los ciudadanos, su patria, sus símbolos, sus líderes y su ejército. Y esto es así porque ese mismo fenómeno se ha producido en otras tantas guerras, anteriores y posteriores a la televisión, como para responsabilizar de ello exclusivamente a la 'manipulación informativa'³⁹.

Si miramos a las dos guerras mundiales podemos encontrar también relatos que hablan del surgimiento de intensos sentimientos patrióticos que generaron una vinculación emotiva al interior de determinadas comunidades una vez hubo estallado el conflicto. Robert Musil, por ejemplo, manifestó su perplejidad ante el surgir, en el verano de 1914, del "sentimiento embriagador de tener por primera vez algo en común con cada alemán", el aparecer repentino de la nación como algo real y corpóreo por lo que los ciudadanos corren jubilosos al encuentro de la muerte cuando, hasta ese momento, habían estado divididos por fuertes barreras sociales y centrados cada uno solo en sus intereses y en su angustia ante la muerte. Una experiencia muy próxima a la religiosa y que se da en un terreno de ideas y sentimientos 'dormidos desde hacía tanto tiempo'⁴⁰.

Para Hallin y Gitlin, las situaciones de confrontación bélica suelen generar los siguientes procesos emocionales en los miembros de una colectividad⁴¹:

- a) La colectividad, como un todo, adquiere un carácter especial que se percibe como superior a los individuos. A través de mitos se la dota de

³⁹ *Ibíd.*, p. 71.

⁴⁰ MUSIL, R., *Ensayos y conferencias*. Madrid. Visor 1992, p. 23.

⁴¹ HALLIN, D.C. & GITLIN, T., *Agon and Ritual: The Gulf War as Popular Culture and as Television Drama*, cit., p. 79-87.

una relevancia y un carácter superior y surgen o se reavivan sus símbolos.

- b) Las personas que componen la comunidad sienten su pertenencia a la misma como algo valioso y como una fuente de emociones intensas que los vinculan a ella.
- c) Las personas se sienten unidas entre sí en el marco de esa colectividad y actúan en favor de la misma, incluso con sacrificios costosos.
- d) Se produce una fuerte polarización entre el 'nosotros' y 'nuestro enemigo', en la que cada miembro está personalmente implicado.
- e) La colectividad actúa como una unidad: todos sus miembros (o la inmensa mayoría de ellos) secundan la dirección política que marcan sus líderes.
- f) Los mitos y símbolos de la comunidad, así como la experiencia que están viviendo, se asocian en la imaginación de los individuos con una verdad casi religiosa.
- g) En el grado máximo de exaltación de este conjunto de emociones, el individuo desvaloriza su propia supervivencia frente al interés superior de la colectividad, por la cual se entrega.

Ese tipo de sentimientos que vinculan emocionalmente a los miembros de una colectividad perduran mucho después de desaparecida la situación fuerte (bélica) que los causó y acaban quedando grabados en lo que denominamos 'memoria colectiva'. Matveievic sostiene que los recuerdos de las atrocidades cometidas por unos y otros durante la Segunda Guerra Mundial en la ex-

Yugoslavia quedaron grabados en la memoria colectiva con tanta intensidad que, sin ellos y sus fantasmas, la guerra civil y religiosa que allí se produjo, nunca habría estallado⁴².

Para que se produzca ese tipo de vinculación emocional entre el individuo y la nación resulta imprescindible un cuerpo de *mitos y símbolos*, que, en la práctica totalidad de los casos, están ligados a confrontaciones bélicas a lo largo de la historia. Símbolos como la bandera, el himno o los héroes nacionales son un tipo de signos cuya cara perceptible, significativa, no es el vehículo inerte de un significado. En efecto, no basta una mera convención o acuerdo para dotar a un signo de valor simbólico. Es preciso que ese signo haya representado algo en un acontecimiento colectivo para que esa colectividad le reconozca un valor. Los símbolos nacen en los momentos de fuerte emoción colectiva, en las situaciones de especial exaltación emocional: son la bandera por la que unas personas murieron, el himno con el que marcharon a la batalla. Representaban a la colectividad porque quienes creían en ellos (se sentían identificados con esos símbolos) estaban dispuestos a arriesgar su vida bajo ese símbolo. Los colores de una bandera tienen un enorme poder en aquellas situaciones en las cuales la colectividad se hace presente y es emocionalmente sentida por el individuo; la bandera representa a una nación cuando es capaz de suscitar en cada persona una vinculación emocional con la colectividad, cuando la vida de cada individuo sintoniza y se identifica con los ideales del grupo. Nussbaum ejemplifica esta realidad en el debate suscitado sobre el himno y sobre la bandera de la nueva India independiente. Respecto al himno, dos eran (y son) las canciones que optan a serlo. Por un lado, *Jana gana mana*, siempre rechazada por la derecha hindú acusada de ser demasiado inclusiva y no suficientemente guerrera o belicosa, y, por otro lado, *Bande Mataram*, preferida por éstos y que insta a la

⁴² MATVEJEVIC, P. "Demonios de la destrucción: Yugoslavia", *REP* (1993): 67-68.

agresividad guerrera y exalta la concepción hinduista de la identidad de la India.

Un debate paralelo existe con relación a la bandera oficial de la nación. La actual enseña, diseñada por Gandhi y por Nehru, adoptada en la asamblea constituyente del país en 1947, basada en la del Congreso Nacional Indio, y que tiene como emblema central la rueda, que conecta con la figura histórica de un emperador que fue adalid de la tolerancia religiosa y de la fraternidad interconfesional. Es decir, se trata de un símbolo de la inclusión religiosa, la no violencia y la supremacía de la ley sobre las sectas. También sus colores son muy significativos (elegidos por Gandhi): azafrán representa valentía, blanco la verdad y la pureza, verde paz y prosperidad. Sin embargo, la bandera preferida por la derecha hindú es toda de color azafrán sin ninguna otra imagen ni emblema. Constituye un símbolo de lucha, excluyente, que simboliza la voluntad de los hindúes de vengarse de los siglos de humillación y someter a quienes les han ultrajado. Para ellos es la que representa al verdadero patriota hindú⁴³.

Cuando la nación es una entidad débil o demasiado abstracta, no genera vínculos emocionales entre los individuos y, en consecuencia, los símbolos nacionales aparecen como cosificados o inertes, porque la nación no se percibe como '*patria*'. Esos símbolos pueden, como mucho, servir para 'representar' a esa entidad abstracta, pero no producen identificación 'emotiva' del individuo con la colectividad, no hacen salir al sujeto de su individualidad. Sin embargo, cuando se produce una confrontación bélica, los símbolos recobran todo su valor, en tanto que se convierten en '*símbolos de la patria*'; es decir, en exponentes de los vínculos emotivos que surgen entre cada miembro

⁴³ NUSBAUM, M.C., *Emociones políticas*, cit., p. 289-292.

de la colectividad y la nación. Esta vinculación emotiva refuerza su intensidad adoptando incluso metáforas ‘familiares’: convierte al individuo en ‘hijo de la patria’; la patria viene identificada con ‘la madre que le ha engendrado’ y que le constituye como miembro de una gran ‘familia’, que es la nación/patria. En definitiva, dentro de las colectividades existe siempre una especie de ‘memoria dormida’ (memoria latente) que conserva viva la huella de las emociones fuertes vividas en común que dotan de identidad ‘colectiva’ a los sujetos: emociones que le hacen sentirse identificado con la comunidad entendida como *patria*. Su poder reside, precisamente, en su capacidad de revivir la memoria colectiva como emoción, y de permitir a cada persona redescubrir y actualizar esa experiencia olvidada. Los acontecimientos que generan esa ‘memoria latente’ suelen estar siempre ligados a conflictos bélicos⁴⁴.

Los mitos y los símbolos cumplen la función de proporcionar a la colectividad un carácter y un valor ‘singular’ y ‘propio’ que constituye la base de la vinculación emocional de cada miembro con esa colectividad. En los rasgos propios de ese carácter que se atribuye a la nación, en los valores que ensalzan sus historias míticas, cada individuo participa y se reconoce, al tiempo que reconoce a la colectividad como única, valiosa y diferente a otras. De este modo, la unidad nacional perdura, aun cuando la vinculación emotiva sea menos intensa, porque el sentimiento de pertenencia se mantiene siempre latente, más allá de que las situaciones emocionales ‘fuertes’ se generaran en el pasado. Este ‘territorio simbólico’ de la nación –que solo poseen aquellas colectividades que pasaron por situaciones que consiguieron unir emocionalmente a sus miembros en torno a un ideal común– tenderá a

⁴⁴ ARLOTTI, R., “Patria, patriotismo y nacionalismo”, en *Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas* nº 41 (2016): 14-19.

presentarla como una entidad natural e incuestionable para sus miembros⁴⁵. Al respecto, Anderson afirma que la nación se construye a sí misma como dotada de una historia debido a los cambios modernos en la percepción del tiempo: cuando se ha perdido la continuidad con el pasado y lo nuevo coexiste con lo antiguo, la continuidad se *reinventa*, se construye a través de una narración histórica. Señala, además, que presentándose como unidad natural, basada en la sangre y la herencia, la nación aparece como algo noble y ajeno al interés que puede mover a las personas a integrarse en determinadas colectividades o no querer hacerlo en otras⁴⁶.

En definitiva, la nación ha de ser vivida como emoción colectiva para que sus miembros se sientan afectivamente vinculados a ella conformando un territorio simbólico nacional. Cuando surge la emoción colectiva, la experiencia de cada persona implicada tiene algo de absoluto, que se suele describir como próximo a lo familiar e incluso a lo religioso: es la experiencia de trascender los propios límites y de fundirse con los otros en una realidad superior. “Cuanto más intensa sea esta sensación y más abarque a toda la colectividad, más se tenderá a sentirse como incuestionable y más propiciará el sacrificio altruista. Aquello que a todas las personas arrastra como una fe por la que están dispuestas a entregarse, no puede concebirse como algo aleatorio y prescindible. La creencia no es una convicción razonada. Es lo que concibe su objeto como incuestionable ‘para mí’. Por medio del territorio simbólico, la colectividad se representa como esencia y como permanencia. Su verdad es

⁴⁵ PEÑA-MARÍN, C., “Emociones colectivas. Las naciones como verdad y como construcción”, en AA.VV., *Visiones el mundo. La sociedad de la comunicación*, Lima, Universidad de Lima-FDE, 1995, p. 27.

⁴⁶ ANDERSON, B., *Comunidades imaginadas*, cit., p. 79-81.

creada como algo que se impone a las personas, que estas no pueden tomar o dejar”⁴⁷.

2. LA DECISIVA INFLUENCIA DE LAS EMOCIONES EN EL CONFLICTO DE LOS BALCANES

Explicar los motivos de la guerra en la ex Yugoslavia es una tarea tan complicada que ha provocado otra guerra (intelectual) entre los historiadores y analistas políticos. Es muy difícil comprender por qué gente que ha convivido durante muchos años como vecinos y amigos comienzan a temer al otro viendo en él un enemigo. Para Michael Ignatieff la respuesta al conflicto no se encuentra en diferencias étnicas o ideológicas irreductibles entre colectividades; al contrario, como ha explicado en varios de sus trabajos, fue la manipulación de las emociones por parte de una élite comunista ansiosa de aferrarse al poder, la que alentó las diferencias étnicas y generó la desconfianza, el miedo y el odio⁴⁸.

Para Ignatieff, los nacionalistas transforman en todas partes los hechos históricos para componer un relato que se autojustifica; y eso mismo es lo que ha sucedido en los Balcanes. Las distintas partes que intervinieron en el conflicto tuvieron un interés muy especial en “transformar su historia en destino”, es decir, que “utilizaron el pasado para explicar sus odios presentes”. Y consiguieron que el resto de los países occidentales acabaran aceptando esa versión ‘emocional’ del conflicto. En efecto, cuando se aproxima uno al análisis que se hace desde occidente de las raíces de los antagonismos en los

⁴⁷ PEÑA-MARÍN, C., “*Emociones colectivas*”, cit., p. 29.

⁴⁸ IGNATIEFF, M., *El honor del guerrero. Guerra étnica y conciencia moderna*. Madrid, Taurus 1999. ID. *Virtual War. Kosovo and Beyond*. Nueva York, Metropolitan Books, 2000.

Balcanes, es fácil encontrar a quienes afirman, por ejemplo, que los croatas son católicos, europeos y de origen austrohúngaro, mientras que los serbios son eslavos ortodoxos y bizantinos, con un poco de la crueldad e indolencia que han aprendido de los turcos. Y ese estereotipo funciona, exaltando emocionalmente una desconfianza étnica e histórica que oculta una realidad de convivencia centenaria. Cuando se enfatiza constantemente esta supuesta línea divisoria histórica, el conflicto entre serbios y croatas (del que Bosnia y Kosovo han formado parte) podía aparecer como absolutamente inevitable. Sin embargo, subraya Ignatieff, “lo decisivo en los Balcanes no ha sido la forma en que el pasado ha dictado el presente, sino cómo el presente ha manipulado y manipula el pasado”⁴⁹.

2.1. El ‘narcisismo de la diferencia menor’

Ignatieff invoca a Sigmund Freud y al fenómeno que este denominó ‘*narcisismo de la diferencia menor*’, es decir, que cuanto más pequeña sea la diferencia entre dos pueblos más grande se hará en su imaginación. Esto ha sido –según afirma– especialmente visible en los Balcanes. En Croacia, por ejemplo, el partido entonces gobernante, el HDZ de Franjo Tudjman, aseguraba ser un movimiento político de corte occidental que seguía el modelo de los demócratas cristianos bávaros. Pero, en realidad, el régimen de Tudjman se parecía mucho más al régimen autoritario de Milošević en Serbia que a cualquiera de los gobiernos democráticos de Europa occidental. Ambos eran regímenes monopartidistas, solo democráticos en el sentido de que sus gobernantes ratifican su poder manipulando sentimientos populistas⁵⁰.

⁴⁹ IGNATIEFF, M., *El honor del guerrero*, cit., p. 15-17.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 21.

Un extranjero que recorriera en su momento la carretera entre Zagreb y Belgrado se sorprendería, no por la frontera histórica radical que, supuestamente, divide a la exuberante llanura de Eslavonia, sino justamente por todo lo contrario. Serbios y croatas hablan el mismo idioma (excepto un par de cientos de palabras) y han compartido el mismo modo de vida en aldeas durante siglos. Y esto ha sucedido con normalidad, aunque los serbios sean ortodoxos y los croatas católicos. La realidad es que la urbanización y la industrialización han reducido completamente la importancia de las diferencias religiosas⁵¹.

Como señaló Misha Glenny –corresponsal de la BBC en Europa Central entre 1989 y 1991– en su libro *La caída de Yugoslavia*, la guerra que estalló entre serbios y croatas en 1991 no se debió a diferencias étnicas o ideológicas irreductibles, sino que más bien fue el producto de un ‘incendio emocional’, atizado por ideólogos nacionalistas, que transformaron el *narcisismo de la diferencia menor* en una fábula monstruosa, según la cual la gente del otro lado eran sanguinarios asesinos genocidas, mientras que ellos eran pacíficas víctimas inocentes⁵².

Para Glenny, lo que resulta realmente difícil de comprender sobre la tragedia de los Balcanes es cómo esas mentiras nacionalistas lograron echar raíces en el suelo de una existencia compartida en las aldeas durante siglos. No hay prueba más punzante del entrelazamiento del tejido étnico croata y el serbio que el modo en que se llevó a cabo la propia limpieza étnica. Cuando ambos bandos comenzaron la depuración étnica en las aldeas a partir de 1991, muchas veces quemaban o dinamitaban la casa de su propio vecino, la casa de al lado, en la que seguramente habían departido amigablemente las familias

⁵¹ *Ibid.*, p. 22.

⁵² GLENNY, M., *The Fall of Yugoslavia*, London, Penguin, 1996, p. 98.

por décadas. Nunca se repetirá bastante que esta gente eran vecinos, amigos, parientes, cónyuges: nunca fueron habitantes de planetas étnicos diferentes. Para que la guerra estallara, los nacionalistas tuvieron que inflamar los sentimientos de vecinos y amigos, convenciéndoles de que, en realidad, se habían odiado y habían estado masacrándose desde tiempos inmemoriales. Consiguieron sustituir los ancestrales sentimientos de *simpatía* y *confianza* por los de *miedo* e *identidad étnica*. Y todo ello vehiculado por medios de comunicación que difundían incesantemente un descarnado y desvergonzado ‘*hate speech*’.⁵³.

Es una falacia –afirma Glenny– considerar el pasado conflicto como producto de un instinto perverso propio de los Balcanes. No cabe duda de que la guerra serbocroata de los noventa fue una continuación de la guerra civil de 1941-1945, pero esta explicación no basta, no es suficiente, porque de ser simplemente así (un odio que permaneció larvado y volvió a desatarse) entonces resultan inexplicables los casi cincuenta años intermedios de absoluta y saludable paz étnica. El nacionalismo serbio moderno se remonta a un tipo de rebelión nacionalista (no étnica) contra los turcos, que tuvo su inspiración en Byron, mientras que el ideólogo nacionalista croata del siglo XIX, Starcevic, alumbró la idea de un Estado croata ‘étnicamente puro’ mirando a los románticos alemanes. No obstante, ambas acabaron consolidando un falso ideal histórico de pureza étnica que resultó fatal para la región, ya que la exaltación del sentimiento ‘étnico’ de pertenencia acabó unido a la idea de la autodeterminación nacional, que solo podía realizarse destruyendo la auténtica realidad multiétnica de los Balcanes en nombre del sueño violento de la pureza étnica⁵⁴.

⁵³ GLENNY, M., *The Balkans: Nationalism, War, and the Great Powers, 1804-2011*, London, Penguin, 2012, p. 542-567.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 572.

Occidente se engaña a sí mismo cuando considera a los Balcanes como una zona irracional de fanatismo irresoluble, o cuando insiste en que los odios étnicos locales estaban tan arraigados en la historia que su explosión violenta en 1991 era inevitable. La historia no dice esto, ese es el trucado mensaje emocional de los nacionalistas, cuya intención y propósito nunca dejaron lugar a duda: los pueblos de los Balcanes tenían que ser transformados de vecinos en enemigos, y toda la región tenía que ser transformada de un modelo de paz interétnica en una pesadilla extraída de las páginas de Thomas Hobbes. Pensar en Hobbes –sostiene Ignatieff– debería ayudarnos a descubrir una explicación mucho más convincente sobre las causas de la catástrofe. Porque –tal y como Hobbes intuyó con notable acierto– ninguna emoción tiene más posibilidades de engendrar odio étnico o religioso que el *miedo*. En 1990, la Yugoslavia post-Tito se había convertido en un mundo hobbesiano, un estado de naturaleza en el cual los medios de violencia estaban demasiado difundidos como para garantizar a nadie su seguridad, especialmente a quienes, de pronto, descubrían que se habían transformado en una minoría dentro de las repúblicas que acababan de constituirse⁵⁵.

La diferencia étnica, por sí misma, no engendró la política nacionalista que afloró en la década de 1980. La conciencia de la diferencia étnica, como

⁵⁵ La tolerancia interétnica estaba sostenida y, por tanto, dependía de la existencia de un Estado multiétnico. Cuando éste Estado se desintegró, la sociedad se descompuso rápidamente en sus elementos nacionales primarios, ya que solo éstos parecían garantizar el mínimo de seguridad hobbesiano. Esta fragmentación era inevitable, considerando el hecho de que Tito no permitió que la competencia dentro de los partidos políticos fuera de índole cívica y solo dejó lugar a integrarse desde el punto de vista étnico. Si Tito hubiera permitido el ejercicio de una política civil en la década de 1960 o en el decenio de 1970, podría haber echado raíces un principio de filiación política no basado en criterios étnicos. Pero al negarse a dar espacio a la democracia, Tito solo retrasó el colapso de su régimen, mientras garantizaba que el nacionalismo fuera el único idioma de atractivo político a disposición de sus sucesores. (Vid. IGNATIEFF, M., *El honor del guerrero*, cit., p. 46-51).

sostiene Glenny, solo se transformó en 'nacionalismo identitario' cuando una desacreditada élite comunista empezó a manipular las emociones nacionalistas para aferrarse al poder. El lenguaje emocional del 'orgullo nacional' y del 'sentimiento identitario' nació solo para dar voz a sus miedos (ser juzgados y castigados por los años de corrupción y opresión) y a sus anhelos (continuar en el poder en el contexto de un nuevo régimen). Pero esa huida hacia adelante, montada sobre emociones incendiarias, en realidad, terminó aprisionándolos a todos en la ficción de una identidad étnica '*pura*' y arrastrándolos hacia la perpetración de crímenes espantosos⁵⁶.

Como muestra Glenny, el primer político yugoslavo que rompió el tabú de la 'era Tito' sobre la movilización popular de la conciencia étnica fue Slobodan Milošević. Con la falta de escrúpulos propia de un demagogo, Milošević agitó el núcleo emocional más sensible de la región, presentándose como el defensor de Yugoslavia contra las ambiciones secesionistas de croatas y eslovenos y como el vengador de las injusticias que la propia Yugoslavia había infligido a Serbia. Retrospectivamente –continúa Glenny– resulta fácil demonizar a los serbios y proponer la explicación de que Milošević sencillamente estaba respondiendo a la '*paranoia étnica*' de sus seguidores en la república y en la diáspora serbia. La realidad es mucho más complicada. Si bien existían partidarios de un nacionalismo extremo, como los *Chetniks*, en los primeros años de la década de 1980, la mayoría de los serbios que vivían en las ciudades eran muy poco propensos a esa paranoia 'chauvinista', y no se sentían en absoluto vinculados a sus desconocidos y distantes hermanos rurales 'étnicos', repartidos por Knin, Pale, Kosovo y la Eslavonia Occidental⁵⁷.

⁵⁶ GLENNY, M., *The Fall of Yugoslavia*, cit., p. 93-100.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 107-111.

Precisamente por eso, lo que sorprende es cómo fue posible que la constatada indiferencia general de la población urbana serbia frente a cualquier reivindicación nacionalista se convirtiera en un temor atávico a que la diáspora serbia fuera aniquilada por los croatas genocidas y los musulmanes fundamentalistas. La explicación no radica en una acción aislada de Milošević inflamando los sentimientos nacionales serbios. El nacionalismo serbio – sostiene Ignatieff– no fue una creación de Milošević. Surgió de manera inevitable con el derrumbe de la Yugoslavia de Tito. Una vez que el Estado multiétnico se desintegró, cada una de las nacionalidades que se encontraba fuera de las fronteras de la república constituida mayoritariamente por su etnia, se descubrió de pronto a sí misma como minoría. Y ese descubrimiento generó miedo, ante gobiernos nuevos formados exclusivamente por el grupo mayoritario. En la búsqueda de un apoyo frente a la sensación de soledad y aislamiento, las minorías se refugiaron en la solidaridad primaria: la afinidad étnica, cerrándose a los otros grupos y estableciendo más lazos fuera de las nuevas fronteras que dentro. Pero en esto los serbios no fueron una excepción; al contrario, por ser el más numeroso de los grupos, fueron los que se sintieron más vulnerables, porque constituían minorías en todas las nuevas repúblicas⁵⁸.

2.2. El avance de la 'paranoia emocional'

Como es sabido, tanto Croacia como Eslovenia tenían una clara voluntad de vivir dentro de una federación yugoslava muy flexible, sin embargo, a finales de la década de 1980, los gobernantes de ambas repúblicas estaban absolutamente decididos a lograr la independencia. Pare claro que los croatas, por razones históricas que sería largo de exponer, tenían derecho a contar con un Estado independiente, pero –como observa Glenny– una Croacia

⁵⁸ IGNATIEFF, M., *El honor del guerrero*, cit., p. 75-79.

independiente despertaba un miedo fundado en la minoría serbia que vivía dentro de sus fronteras y que contaba con seiscientos mil individuos. No obstante, cuando Croacia comenzó a transitar por la senda de la independencia en 1990, su nueva Constitución definió a la república como el *Estado de la nación croata*, y a los no croatas les otorgó el estatuto de 'minorías protegidas'. Sin embargo, a pesar de que la mayoría de los croatas consideraba sinceramente que se estaban respetando las normas fijadas por Europa para la protección de los derechos de las minorías, nuevamente la irrupción del fenómeno emocional dio al traste con la posibilidad de convalidar una convivencia pacífica y estrecha desarrollada durante décadas: los serbios, sustentados en una ficticia identidad histórica, no aceptaron considerarse a sí mismos como una minoría, sino que se afirmaron como una *nación* en pie de igualdad con los croatas⁵⁹.

Cuando los croatas resucitaron la *Sahovnica* (el escudo cuadrulado rojiblanco) y la convirtieron en su bandera, bastó que los serbios la vieran una sola vez para que creyeran que el *Ustashe* (el terrorismo croata afín al nazismo) había vuelto. La *Sahovnica* había sido, al mismo tiempo, un emblema croata inocentemente tradicional, pero también la bandera del régimen del tiempo de la Segunda Guerra Mundial que había exterminado a una cantidad considerable de serbios. Cuando los croatas decidieron expulsar a los serbios de su policía y de su sistema judicial, a mediados de 1990, la minoría serbia llegó a la conclusión de que se estaba produciendo el retorno de un Estado de inspiración étnica que seguiría una senda genocida contra el resto de etnias, en especial, contra los serbios⁶⁰.

⁵⁹ GLENNY, M., *The Fall of Yugoslavia*, cit., p. 118-120.

⁶⁰ IGNATIEFF, M., *El honor del guerrero*, cit., p. 86-89.

Los defensores de aquellas medidas en Croacia insistieron en que estos miedos fueron exagerados y convenientemente manipulados por Milošević. Y, en efecto, no cabe duda de que lo fueron. Pero todo esto pudo prender en la gente solo en el contexto más amplio del derrumbe del Estado yugoslavo multiétnico, en el cual los serbios tuvieron también buenas razones para tener miedo. Este es el argumento central de Glenny que, teniendo como telón de fondo el desmoronamiento general de la autoridad en la región, muestra con crudeza cómo la paranoia emocional de cada bando se alimentó de la paranoia del bando contrario⁶¹.

El problema de esta gigantesca paranoia emocional ha sido la definitiva demolición de un Estado multiétnico en el que musulmanes y cristianos, croatas, serbios y kosovares, vivieron en paz durante siglos pero que, tras huir o ser expulsados de sus hogares, tras quedar reducidos a minorías étnicas hostigadas en el seno de micro-estados constituidos por mayorías étnicas diferentes y fanatizadas, tan solo parecen dispuestos a confiar en esa misma solidaridad étnica pero bajo el paraguas de un Estado propio que les garantice la seguridad de la que el miedo y el odio, convenientemente agitados, les han privado definitivamente. No es fácil, en efecto, que las víctimas traumatizadas del conflicto yugoslavo, y en particular del conflicto de Kosovo, quieran volver a vivir en las comunidades multiétnicas que abandonaron proclamando su fe en los principios liberales de Occidente. Pero gran culpa de todo ello la tiene el propio Occidente, que asumió, casi desde el primer momento, un relato contrafáctico de hostilidad histórica, para el que solo cabía concebir una única solución: consagrar definitivamente el *apartheid* étnico. Así pues, la paranoia emocional de los Balcanes tuvo su contrapunto en la paranoia emocional de los países occidentales, convenientemente movilizados por una compasión

⁶¹ GLENNY, M., *The Fall of Yugoslavia*, cit., p. 123-126.

sentimental hacia las imágenes de cientos de miles de refugiados y hacia los horrores producidos por los casos aberrantes de limpieza étnica⁶².

Ignatieff propone dar un paso atrás para contemplar mejor la catástrofe de los Balcanes, y comprender así que el fracaso de la política que allí aplicó Occidente se debió a algo más profundo que la falta de atención, la desinformación o las buenas intenciones mal encaminadas. A su juicio, lo que ocurrió fue una falta de profundidad y equidad en el análisis de los principios que sustentaban la política occidental sobre los países del Este. Presos de la euforia que estalló en 1989 con la caída del 'Muro', los países europeos en bloque anunciaron su apoyo al principio de autodeterminación nacional y, al mismo tiempo, apoyaron también con la misma fuerza el mantenimiento del principio de integridad territorial para los Estados ya existentes, sin advertir las graves consecuencias que eso comportaba en una situación de multinacionalidad real en el Este, dentro de fronteras artificiales. Insistir en la autodeterminación nacional, pero salvaguardando la inviolabilidad de las fronteras, sin aclarar si esto afectaba también a las fronteras entre las repúblicas de Estados federales multinacionales como Yugoslavia, fue uno de los más grandes dislates de la política europea del momento⁶³.

Europa occidental y Estados Unidos podrían haber terminado la guerra fría con un acuerdo territorial exhaustivo en Europa Oriental, en el que se delimitaran nuevas fronteras, se establecieran garantías de los derechos de las minorías y se zanjaran disputas entre grupos rivales que aspiraran a la autodeterminación. Después del Tratado de Versalles y después del Tratado de Yalta, el desmoronamiento del último imperio de Europa ofreció una tercera oportunidad para establecer una paz duradera en todo el continente. Sin embargo, más

⁶² *Ibid.*, p. 142.

⁶³ IGNATIEFF, M., *El honor del guerrero*, cit., p. 107.

preocupados por frenar el papel hegemónico de una única superpotencia (EEUU) y el frenético boom económico de fines de la década de los ochenta, se prefirió dejar que los demagogos postcomunistas locales explotaran la retórica emocional de la autodeterminación y de los derechos nacionales (para asegurar sus nefastas ambiciones) y asistimos pasivamente al brote de un conflicto que todo el mundo auguraba⁶⁴.

3. PARANOIA EMOCIONAL Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN: EL '*HATE SPEECH*'

En los años 90 nadie podía creer que fuera posible una guerra en el seno del aparentemente “civilizado” continente europeo. Sin embargo, la crisis yugoslava estalló ante los ojos atónitos de todos, dejando al descubierto la miopía y superficialidad de la política exterior europea y su apuesta por el principio de libre determinación sin considerar el específico escenario multiétnico de los Balcanes. Líderes excomunistas serbios y croatas manipularon y exaltaron emociones étnicas (sepultadas bajo el régimen de Tito) para satisfacer sus ambiciones de perpetuarse en el poder, y utilizaron los medios de comunicación para difundir lo que fue denominado como '*hate speech*' (*discurso del odio*)⁶⁵, inflamando los ánimos, resucitando supuestos fantasmas del pasado y recurriendo a un lenguaje beligerante y agresivo que, lejos de desactivar el conflicto, incitaba a vengar nuevas y supuestas viejas atrocidades del otro bando que conectaban, con mayor o menor verosimilitud,

⁶⁴ *Ibid.*, p. 108.

⁶⁵ A lo largo de este trabajo hemos preferido mantener en el texto la expresión anglosajona original '*hate speech*' en vez de su traducción castellana (*discurso del odio*), por tratarse de una categoría acuñada específicamente en esa lengua y cuyo contenido y peculiaridades, como explicamos más adelante, se reflejan mejor en el original inglés que en su literalidad traducida.

con las cometidas por los extremistas del otro bando en la Segunda Guerra Mundial⁶⁶.

Hoy día nadie duda de que los medios de comunicación –presionados por el poder político– fueron corresponsables del estallido de la guerra en la ex Yugoslavia, reavivando miedos ancestrales, exaltando el odio étnico y religioso y, sobre todo, sustituyendo la información por la propaganda. Los medios dieron cobertura y alentaron injustificables brotes de violencia mutua que abonaron el terreno para lo que parecía imposible: un escenario de limpieza étnica rayana en el genocidio. Este singular y poderoso papel beligerante, desempeñado por los medios de comunicación en los Balcanes, resulta, en nuestra opinión, paradigmático para analizar una realidad patente en las sociedades post-totalitarias, en transición hacia estructuras democráticas, y con una composición habitualmente pluriétnica.

En efecto, el control de los medios en sociedades totalitarias y su utilización para la propaganda oficial no es ninguna novedad, lo peculiar y novedoso en las situaciones sociopolíticas a que nos referimos es que los medios de comunicación, más allá de su carácter o posicionamiento ideológico, adoptan un papel activo de agitación social que, en no pocas ocasiones y al margen de los órganos políticos, justifica y alienta la violencia e, incluso, incita al conflicto bélico. El caso de Kosovo resulta paradigmático en este sentido y, de ahí, nuestro interés en desentrañar sus claves y extraer algunos criterios con los que poder iluminar otras situaciones de presente o de futuro.

⁶⁶ Dimitras señala: “It was thought that, since World War II, only ‘third world’ countries and/or authoritarian regimes were barbaric enough to resort to violence to solve their problems.” (LENKOVA, M. (Ed.), ‘Hate speech’ in the Balkans, *The International Helsinki Federation for Human Rights* (IHF), 1998. <http://www.greekhelsinki.gr>, p. 8)

Tampoco es una novedad el uso de los medios de comunicación para manipular a la opinión pública y a los combatientes, una vez han estallado los conflictos bélicos. Al contrario, ha sido una constante del siglo XX⁶⁷. Sin embargo, como apuntamos, la novedad en los Balcanes radicó precisamente en el papel de los medios a la hora de “*provocar*” el estallido del conflicto, cuestión que hasta ese momento había quedado reservada a las complejas relaciones de la ‘alta política’ y a las decisiones de los órganos de gobierno de los Estados. Nadie hasta entonces hubiera podido concebir –y aún hoy resulta difícil hacerlo– que una guerra pudiera buscarse, promoverse y alentarse desde los medios de comunicación. Antes bien, frente a un posible conflicto bélico, los medios suelen desempeñar un papel crítico. Aun cuando pudieran haber adoptado, en algún caso, un rol legitimador (las guerras de Afganistán o Irak son un ejemplo patente), resultaría insólito que lo hicieran con proclamas de odio y eliminación física del adversario. Por el contrario, el discurso de los medios ante un conflicto armado suele adoptar una posición ponderada, en favor de la paz y en defensa del respeto a los derechos humanos. De ahí el interés analítico que suscita la utilización del *hate speech* mediático en los Balcanes, especialmente cruel y destructivo en el conflicto de Kosovo, donde la permanente incitación al odio y exterminación de otras etnias justificó indirectamente un escalofriante genocidio de inimaginable magnitud⁶⁸.

⁶⁷ Para una panorámica del desarrollo de estrategias mediáticas diseñadas para influir la cobertura televisada de los conflictos, desde la Guerra de Corea en adelante: HUMPHREYS, D., “War on television”. <http://www.museum.tv/archives/etv/W/warontelevi/warontelevi.htm>; CARRUTHERS, S., *The Media at War: Communication and Conflict in the Twentieth Century*, New York, Macmillan, 2000; ZEHLE, S., “Interventionist Media in time of crises, 2004”. http://www.sarai.net/journal/04_pdf/04soenke.pdf; YOUNG, C., “The Role of the Media in International Conflict, Canadian Institute for Peace and Security, working paper nº 38. <http://www.colorado.edu/conflict/peace/example/youn75000.htm>.

⁶⁸ “*Every bullet shot in Bosnia was supported by media activities. The war definitely wouldn’t have been so cruel and bloody without media hate speech*”, apuntó Senad Pecanin, Editor Jefe

3.1. Influencia de los medios de comunicación en el conflicto balcánico

Los medios de comunicación desempeñaron un rol fundamental en la guerra de los Balcanes, demostrando sobradamente su capacidad de intervención como actores políticos en todos los niveles del conflicto. Mirko Klarin, periodista yugoslavo, afirmó con rotundidad que los medios de comunicación balcánicos fueron “los reactores nucleares que fabricaron el odio, las supersticiones y, especialmente, el miedo”⁶⁹. Los medios asumieron dos roles determinantes para suscitar y mantener vivo el conflicto: crear y transmitir la figura del ‘enemigo’ y asumir acríticamente el discurso nacionalista del propio bando. Ambos roles convirtieron a los medios en instrumentos de propaganda, ofreciendo información sesgada y frecuentemente falseada. Además, buscando granjearse el apoyo internacional para el propio bando⁷⁰.

Los medios de comunicación comenzaron a dividir a las comunidades presentando al otro (al de otra etnia y religión) como el ‘enemigo’, que expresa o tácitamente daba apoyo a crímenes (reales o supuestos) perpetrados contra los del propio bando. En este sentido, se realizaron continuas comparaciones entre los campos de prisioneros serbios y los campos de concentración nazis. La prensa de cada bando fue creando un arquetipo de ‘los nuestros’ y ‘nuestros enemigos’ al que inevitablemente se adaptaron todos los contendientes, porque nadie se atrevía a cuestionarlo o a negarlo sin arriesgarse a ser acusado de ‘traidor’. Calificaciones como: ‘Los romaníes son sucios’, ‘Los musulmanes son

de la revista de Sarajevo *Dani* (recogido por BURIC, A., “The Media War and Peace in Bosnia”, en DAVIS, A (Ed.), *Regional Media in Conflict*, London, Institute for War and Peace Reporting, 2001, p. 67).

⁶⁹ MINIC, S., *La vida y la muerte de Yugoslavia*, UNO Editorial: Madrid, 2017, p. 51

⁷⁰ GIRÓ, X., “La intervención de los media en el conflicto [Yugoslavo]”. En SAMARY, C. et al. *El genocidio bosnio. Documentos para un análisis*. Madrid: Los Libros de la Catarata.1996, p. 119-135.

terroristas', 'Los croatas son genocidas', etc., se convirtieron en habituales en función del medio elegido⁷¹.

Los medios comenzaron a generar un 'discurso del odio' frente al otro como consecuencia de la victimización del propio bando. Estas dos vertientes se implican necesaria y mutuamente. No es posible generar odio en los propios si previamente no se victimizan, si no se consideran agraviados y para ello resulta imprescindible un relato nutrido de hechos e imágenes que emocionalmente generen la sensación de victimismo en la población. De manera que los medios fueron generando e institucionalizando una segregación entre comunidades y etnias (serbios y croatas, bosnio-musulmanes, serbobosnios, bosnio-croatas), que no existió en la ex Yugoslavia, pero que fue arraigando a través de los relatos de agravios históricos no reparados y de agresividad presente que necesariamente debía ser atajada.

Pero, junto al 'memorial de agravios' que fomentaba la victimización, los medios también jugaron un papel fundamental en la difusión y consolidación del discurso nacionalista. Especialmente en la televisión se transmitía un 'sentimiento' nacional identitario en la vida diaria, que acabó por monopolizar el discurso público. Para garantizar la unidad del discurso se centralizó el sistema de medios de comunicación en cada nuevo Estado, de manera que la información sobre eventos importantes se difundía de acuerdo con el principio de lealtad a la política nacional y como expresión de un apoyo incondicional al propio bando en la guerra, sin alusiones a la paz, sino a la derrota del enemigo⁷².

⁷¹ KOSTADINOVIĆ, M.R., "Language of globalized media as a hate generator on the Balkans". University of Niš, *Collection of papers of the Faculty of Philosophy XLVI (3)/2016*, p. 125. [En línea]: <http://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/03543293/2016/0354-32931603121K.pdf>

⁷² KURSPAHIC, K., *Prime Time Crime. Balkan media in war and peace*. Washington, D.C., United States Institute of Peace Press, 2003, p. 64-69.

En ese contexto, para mantener viva en la población una vinculación emocional con la guerra, los medios de comunicación manipularon y movilizaron todos sus recursos e influencias, a nivel nacional e internacional, para imponer su 'relato' procurando simplificar la complejidad del escenario político y sociocultural del conflicto. En este sentido, se presentó y reiteró hasta la saciedad la idea de que se estaba librando una batalla entre unos 'Estados democráticos' injustamente agredidos, frente a una Serbia excomunista que quería someterlos para hacer realidad el viejo sueño de la 'Gran Serbia'. Es difícil que haya un solo occidental que no tenga esta idea presente en su cabeza cuando se alude a las guerras de la ex Yugoslavia: los serbios eran unos excomunistas bárbaros y genocidas, mientras que croatas y bosnios eran las víctimas de los afanes imperialistas serbios. Una vez establecido este relato, el resto de elementos que circunscribían el conflicto debía ser necesariamente interpretado en base a este relato. Y de este modo, por ejemplo, los medios siempre etiquetaban de 'peligroso excomunista' al presidente de Serbia, Slobodan Milošević, con una connotación cercana a lo criminal, mientras que deliberadamente ignoraban y ocultaban que la mayoría de los principales líderes de Croacia o Bosnia también lo eran. En pocas palabras, los medios se convirtieron en la vanguardia de la guerra, de modo que la guerra se ganaba o se perdía primero en los medios y luego en las trincheras. Aunque se requería una base de verdad, incluido algún éxito militar real, la omnipresencia de los medios de comunicación hacía que todos, tanto en el frente como en las aldeas, estuvieran pendientes de lo que se contaba; y lo que se contaba solo reflejaba el éxito del propio bando y las atrocidades (reales o supuestas) cometidas por el enemigo: "el marketing era casi más importante que la victoria"⁷³. Y ese

⁷³ KOSTADINOVIĆ, M.R., "Language of globalized media as a hate generator on the Balkans", cit., p. 129.

marketing incluía, especialmente a los medios de comunicación internacionales⁷⁴.

3.1.1. Los medios de comunicación croatas

La radio y televisión pública de Croacia (*Hrvatska Radio Televizija*-HRT), estaba casi completamente bajo control estatal. Había tres canales nacionales: el primero estaba dedicado exclusivamente a noticias, política y cultura nacional. Se transmitía por satélite para cubrir la totalidad del territorio de la ex Yugoslavia. La HRT tenía un estudio en Siroki Brijeg, en Bosnia-Herzegovina, que cubría noticias relacionadas con las partes de Bosnia bajo control del Ejército croata. Según cuenta Minic, el mayor porcentaje de audiencia de la HRT –el 80%– correspondía a *TV Dnevnik*, el principal boletín informativo. Casi el 40% de los espectadores creía completamente en la objetividad de su información, mientras que tan solo el 15% pensaba que sus noticias no eran del todo fiables. Durante el conflicto, el presidente croata Franjo Tudjman realizó una profunda ‘limpieza étnica’ en los medios de comunicación nacionales. En apenas cinco días la HRT despidió a 600 trabajadores por motivos étnicos e ideológicos. Los pocos medios no estatales que quedaron se

⁷⁴ Muchos son los corresponsales que han relatado las presiones y amenazas que sufrieron a la hora de cubrir algunos episodios. Un ejemplo lo narra el periodista Stan Hauck: el entonces general serbobosnio Ratko Mladić mandó ‘informar’ a los 30-40 corresponsales que había en Sarajevo la noche antes del inicio del asedio de que debían abandonar la ciudad. No querían ‘testigos’ para poder ocuparla militarmente y trasmitir luego a los medios una versión oficial de la operación. Y lo cierto es que tan solo se quedaron 8 corresponsales que se negaron a salir. “Éramos el altavoz de los resistentes”, recuerda Hauck. Y es solo un ejemplo de las diferentes amenazas que sufrieron los periodistas que trataron de mantener su independencia durante el conflicto. Senada Cresso, la asistente del presidente bosnio Alija Izetbegović, agradeció públicamente a esos 8 periodistas su decisión de permanecer en la ciudad. Cresso les dijo: “Si vosotros os marcháis, nadie sabrá de esta masacre”. (*Ibid.*, p. 118).

vieron sometidos a una serie de maniobras financieras por medio de las cuales la propiedad pasó indirectamente al control del Estado. Con el inicio de la guerra en Croacia hubo cambios radicales en las noticias de la HRT con dos rasgos muy acusados: predominio absoluto de los informes relacionados con la guerra y postura abiertamente propagandística a favor del nacionalismo croata. El director de la HRT declaró en una entrevista que la televisión representaba “la catedral del espíritu nacionalista croata. La cultura tradicional, transmitida a través del canal 1, refleja la identidad nacional; representa todo aquello que hace de nuestra cultura algo específico y diferente al resto. La cultura popular, transmitida a través del canal 2, pretende mostrar al mundo aquello que somos, aquello que no somos y lo que como croatas sentimos”⁷⁵.

Como puede comprobarse, los medios croatas estaban bastante bien aleccionados para producir ‘informaciones patrióticas’ e, incluso, en ‘mentir por la patria’. Pero en la configuración de la identidad y la memoria nacional destaca, muy especialmente, el rol de la televisión croata –al igual que en el caso serbio– ya que sus mensajes adoptaron una marcada ‘vía simbólica’, absolutamente focalizada en el ideal nacionalista identitario, y que solo resultaba plenamente “comprensible para los miembros de la comunidad que conocían a fondo el relato histórico mitológico de la nación croata”⁷⁶.

En los medios croatas, la guerra en Bosnia-Herzegovina se construyó como un espectáculo y como un ritual. Solo se difundían fragmentos. Las informaciones de los principales medios sobre el conflicto bosnio degeneraron al nivel de las peores prácticas de los serbios. Existía un completo silencio sobre las causas del conflicto y solo se reproducían noticias relativas a las ‘atrocidades’ perpetradas por musulmanes y serbios. Por ejemplo, el diario *Vjesnik*, durante

⁷⁵ MINIC, S., *La vida y la muerte de Yugoslavia*, cit., p. 54-56.

⁷⁶ KURSPAHIC, K., *Prime Time Crime. Balkan media in war and peace*, cit., p. 128.

el conflicto entre croatas y bosnio-musulmanes en Mostar, titulaba: '*Heroica defensa croata ante un ataque de las fuerzas musulmanas*'. Y al informar sobre la destrucción (voladura) del famoso puente de Mostar, llegó al extremo de aventurar que el puente '*simplemente se cayó*'. Y esta increíble hipótesis fue sostenida, incluso por los periodistas más reputados del país⁷⁷.

Por otra parte, los medios usaron continuamente los 'crímenes *chetnik*' en el país vecino para manifestar la naturaleza brutal y despiadada del enemigo⁷⁸. La televisión croata siempre mostraba imágenes en las que se podía ver gente huyendo de los francotiradores. Además, siempre se usó un doble rasero para las denominaciones de ambos países. La República Serbia y el Ejército Serbio siempre fueron acompañados del adjetivo 'autodenominado' o 'así llamado' en los medios croatas. En cambio, la presunta República croata de Herzeg-Bosna y su ala militar, el *Consejo de Defensa Croata*, siempre fueron considerados los detentadores legítimos de la causa. La cobertura mediática también negó la condición de Estado a Bosnia, y más tarde se hizo amplio eco de las reclamaciones croatas a los bosnios de los territorios que consideraban históricamente suyos. En definitiva, los medios de comunicación croatas fueron impulsores y partícipes de la histeria nacionalista y fomentaron una actitud hostil con serbios y bosnio-musulmanes. Y esa posición de los medios se monitorizó desde las élites políticas del país⁷⁹.

⁷⁷ *Ibíd.*, p.129.

⁷⁸ Los *chetniks* eran miembros de una organización guerrillera nacionalista, conservadora y monárquica serbia, que debía su nombre a un movimiento serbio de oposición al Imperio otomano del siglo X.

⁷⁹ KURSPAHIĆ, K., *Prime Time Crime. Balkan media in war and peace*, cit., p. 130.

3.1.2. Los medios de comunicación serbios

Slobodan Milošević fue el primero en comprender que, si quería asumir el liderazgo de una hipotética república post yugoslava, debía servirse de la televisión para reivindicar una Serbia independiente, manipulando las emociones y sentimientos étnicos para difundir la ficción histórica de una Serbia humillada, agrandar las injurias recibidas y alentar a vengarlas. Estas maniobras estuvieron perfectamente diseñadas. En el antiguo sistema federal yugoslavo cada república contaba con su televisión, sus diarios y revistas nacionales y los pequeños (o no tan pequeños periódicos regionales), editados en diferentes lenguas. La prensa yugoslava se emancipó del control comunista para acercarse al modelo occidental. Todas las televisiones, que se reivindicaron autónomas, formaban parte de la antigua Radio-Televisión Yugoslava. Un organismo central coordinaba el intercambio de programas entre las repúblicas⁸⁰.

Poco después de llegar al poder en 1987, Milošević reforzó el control político de los medios serbios. De hecho, desde que Milošević se hizo con el control de la *Liga Comunista* en 1986, los medios de comunicación oficiales, especialmente la televisión, sufrieron depuraciones acordes con los nuevos aires nacionalistas adoptados por la élite gobernante. Al igual que hizo Tujdman en Croacia, Milošević depuró a todos los directivos de la televisión en Belgrado y a 1500 de sus trabajadores, que fueron sustituidos por otros de estricta obediencia a las consignas del nacionalismo serbio. En Pristina (Kosovo) se envió incluso a la policía para reemplazar la dirección y en Sarajevo todos los redactores jefes fueron también sustituidos por otros ideológicamente más seguros, la mayoría serbios. La central de TV en Belgrado cortó las emisiones de programas que se emitían desde otras

⁸⁰ MINIC, S., *La vida y la muerte de Yugoslavia*, cit., p. 54-56.

repúblicas y cesó los intercambios con ellas. Zagreb respondió con la misma medida. El caso es que, cuando en 1991 estalló la guerra, ya no existía, de hecho, la radio-televisión yugoslava: en su lugar se instituyó la Radio y Televisión de Serbia (*Radio-Televizija Srbije* - RTS), que comenzó implacablemente a establecer un relato propio para explicar el conflicto y diseñar el futuro de la federación yugoslava⁸¹.

Así pues, Milošević convirtió rápidamente la información en propaganda que inundó completamente la totalidad de Serbia. Las pantallas de televisión se saturaron de intelectuales nacionalistas chauvinistas que elogiaban el *Memorandum*, el texto fundacional del nacionalismo serbio de Milošević. Repetían frases del tipo '*los eslovenos son unos fascistas*', '*los albaneses expulsan a los serbios de Kosovo*' o '*los croatas, aliados de los alemanes, son todavía ustachis y atacan a la minoría serbia en los pueblos*'. Esta explotación emocional de viejos temores actuó como un veneno de acción lenta, contaminando a todo el mundo, provocando el odio y una incompreensión total de la realidad. El punto de inflexión, que provocó una histeria generalizada, se produjo cuando la televisión de Belgrado (y la agencia *Tanjug*) comenzaron a recordar el 'genocidio' sufrido por los serbios durante la Segunda Guerra Mundial. Las imágenes de los serbios masacrados por croatas en los años 40 se emitían en paralelo con la de los serbios de Krajina en rebeldía con el nuevo estatuto de 'minoría' previsto por el entonces presidente Tudjman en la Croacia independiente. Así pues, para los medios serbios, todos los croatas acabaron por ser '*ustachis*' y todos los musulmanes bosnios, 'fundamentalistas armados por Arabia Saudí'; del mismo modo que para los medios croatas, como veremos a continuación, todos los serbios acabaron por ser '*chetniks*'⁸².

⁸¹ GLENNY, M., *The Fall of Yugoslavia*, cit., p. 146.

⁸² *Ibíd.*, p. 149-158.

Después de practicar la limpieza étnica en los medios oficiales, Milošević ocupó el periódico *Politika*, diario de referencia de Belgrado, y todos los semanarios locales. A partir de ahí, *Politika* se dedicó a aumentar el espíritu combativo de los serbios con titulares como “Los serbios no asustan a nadie, pero nadie les asusta”, “Plan infernal de Alija Izetbegović con los Cascos Azules” o “El futuro de Bosnia jamás será decidido por La Haya”. Así pues, durante la guerra los medios serbios, completamente entregados a la causa, falsificaban los hechos, justificaban a los criminales e, incluso con frecuencia, se les glorificaba sin ningún pudor. Todas las informaciones y columnas de opinión tenían el mismo contexto general: propaganda incondicionalmente favorable para la política nacionalista y belicista del presidente Slobodan Milošević⁸³.

Los medios serbios ya eran veteranos de la propaganda bélica en el momento en que la comunidad internacional reconoció la independencia de Bosnia-Herzegovina, el 6 de abril de 1992. Una de las reglas de propaganda más recurrentes de la RTS, así como de las autoridades serbias, consistía en referirse siempre a la guerra en Bosnia como una ‘guerra civil’. De hecho, la televisión serbia solo mostraba imágenes de Sarajevo desde la distancia para evitar que pudiera apreciarse la realidad de la destrucción. Milošević impuso a los medios el viejo principio político: ‘Allí donde no haya noticias sobre crímenes, éstos no existen’. Y la RTS lo siguió a rajatabla. Por ello, años

⁸³ KURSPAHIĆ, K., *Prime Time Crime. Balkan media in war and peace*, cit., p. 131. Por otro lado, dentro de Bosnia-Herzegovina se creó la televisión de Pale, medio de los serbobosnios. Muchos de los periodistas serbobosnios que estaban trabajando en otros medios se trasladaron a la nueva televisión serbia. En el verano de 1992, varios de los editores y periodistas de la televisión de Sarajevo ya habían dejado la ciudad para unirse al nuevo medio. Los medios de comunicación de Belgrado iban en sintonía con los de la televisión de Pale. La parte fundamental de las noticias se dedicaba exclusivamente a reseñar las actividades cotidianas de todos los funcionarios del Partido Socialista de Serbia, independientemente de que en ocasiones carecieran de toda importancia. (*ibíd.*, p. 132).

después, tuvo que disculparse públicamente por haberse prestado a jugar un papel indigno en aquella época.⁸⁴

Por otro lado, en especial la televisión, se convirtió en altavoz cualificado del discurso nacionalista. Se emitían documentales exaltando los nuevos valores sociales, incluyendo un recordatorio constante del ‘memorial de agravios’ (las atrocidades que hemos padecido). También se emitían relatos laudatorios y patrióticos sobre las fuerzas militares serbias y serbobosnias, culpando directamente a los croatas y musulmanes bosnios de haber provocado la guerra y de causar masacres horribles. Además, se puso en marcha un mecanismo y un régimen de sanciones para controlar y silenciar a los periodistas disidentes y a los escasos medios de la oposición, que recibieron toda clase de amenazas, ataques y multas millonarias, llegando incluso a ser asesinados los más críticos. Hasta el punto en que el líder de los radicales serbios, el serbobosnio Vojislav Šešelj –condenado por crímenes de guerra en el Tribunal de la Haya– llegó a publicar una lista de reporteros a los que se debía eliminar a cualquier precio. El diario *Politika*, el más prestigioso de Belgrado, creó una página donde los periodistas, firmando como lectores, ‘ejecutaban’ a quienes se oponían a Milošević⁸⁵.

La propaganda de los medios serbios, llamando a todos los croatas ‘*utashis*’ y a los musulmanes ‘*muyaidines*’, ‘*islamistas*’ o ‘*turcos*’, fue tan fuerte que muchos soldados serbios capturados por el ejército bosnio afirmaron más tarde estar convencidos de que llevaban a cabo una guerra contra los turcos. La situación resultaba de lo más grotesca. La ex reportera de Sarajevo Rada Djokić en la televisión serbia de Pale hizo una descripción del asedio a Sarajevo de lo más surrealista. Dijo: “Las autoridades musulmanas están

⁸⁴ MINIC, S., *La vida y la muerte de Yugoslavia*, cit., p. 50.

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 52.

reteniendo a Sarajevo desde dentro. Los serbios continúan defendiendo sus colinas centenarias de alrededor de Sarajevo”. También los medios extranjeros fueron controlados y censurados críticamente⁸⁶.

El control propagandístico fue tan acusado que la televisión serbia llegó a burlarse de algunas masacres perpetradas por soldados serbobosnios. Minic, periodista bosnio y reportero durante la guerra, recuerda un episodio personal que –tristemente– lo refleja a la perfección:

“Fue la masacre del mercado de Markale, donde por una granada murieron 68 personas, entre ellas, mi hermana pequeña. Fui a buscarla y la encontré en el depósito de cadáveres. Era la última de una larga fila de cuerpos tirados en el suelo. Quiero decir que, en la oscuridad del depósito, tuve que ir mirando las caras de todas las víctimas antes de encontrarla. La misma noche, la televisión de los serbobosnios hizo una ‘*broma*’, insinuando que ese incidente fue una mentira, un montaje, y que los cadáveres fueron traídos desde los depósitos de los alrededores de Sarajevo. Llegó incluso a afirmar que algunos eran maniqués. Para mayor escarnio, resultaba que el periodista que hizo la parodia era excompañero mío y, qué ironía, ex amigo de mi hermana. Tuve que ir a verle y asegurarle que mi hermana, su examiga, no era de plástico”⁸⁷.

Los medios propagandistas de Belgrado calificaron la actuación de los serbios en Bosnia como un ‘genocidio preventivo’ o como ‘una guerra antigénocida y preventiva’, confirmando con ello que ni siquiera una expresión tan atroz como

⁸⁶ KURSPAHC, K., *Prime Time Crime. Balkan media in war and peace*, cit., p. 132.

⁸⁷ MINIC, S., *La vida y la muerte de Yugoslavia*, cit., p. 52.

'genocidio' resultaba repulsiva a sus oídos, si con ello se conseguían los objetivos políticos del nacionalismo serbio en Bosnia⁸⁸.

3.1.3. Los medios de comunicación bosnios

Bosnia-Herzegovina era un país multiétnico, con distintas naciones, culturas y religiones. En todos los medios de comunicación, esa estructura estaba representada de forma 'equilibrada'. También la Radio y Televisión de Bosnia-Herzegovina (*Bosanskohercegovačka Radiotelevizija* - BHRT) había conseguido un buen equilibrio en su dirección (representación de las tres grandes etnias del país) y una línea informativa bastante abierta y crítica, justo en el momento en que los medios de comunicación de Belgrado, antes liberales, comenzaron a seguir el guión de Milošević para 'restaurar la dignidad perdida de Serbia'⁸⁹.

Después de que empezase la guerra, en el país emitían la Radio y Televisión croata, desde la llamada Herzeg-Bosna, y la Radio y Televisión de los serbobosnios desde Pale. Ambas cadenas estaban técnicamente muy bien equipadas, con el equipo que había sido robado a la BHRT, y con periodistas afines a Tudjman y Milošević, y con una política informativa –propagandística– ya formulada. El resto de periodistas de los medios de comunicación estaban controlados por croatas o serbobosnios. A pesar de todo, según relata Minic, los medios de Sarajevo lucharon por su independencia, lo que era una batalla perdida *a priori*, pero, aun así, nunca recurrieron a las mismas argucias y

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ KURSPAHIC, K., *Prime Time Crime. Balkan media in war and peace*, cit., p. 150.

manipulaciones que los medios serbios o croatas. Ni siquiera cuando, poco a poco, fueron sometidos al gobierno de Bosnia, con clara mayoría musulmana⁹⁰.

Una vez empezada la guerra, los recursos técnicos de los medios bosnios quedaron muy reducidos y, en algunos casos, destruidos. La televisión de Sarajevo solo se podía ver en la ciudad y en sus alrededores, gracias a un repetidor que continuó funcionando milagrosamente. A pesar de estar incomunicados y sin la más mínima libertad de movimiento, los periodistas de la BHRT transmitían los comunicados que llegaban desde la Presidencia del país, del Cuartel General del Ejército o a través de las conexiones esporádicas con los radioaficionados desde fuera de la capital, aunque estos fueron muy pronto incluidos en los departamentos de propaganda e información del Ejército bosnio, es decir, que también pasaron a estar controlados. En ese contexto, el panorama periodístico bosnio se diferenció en gran medida de la situación del periodismo croata y serbio. Bosnia-Herzegovina era el 'terreno común' en la guerra mediática entre serbios y croatas, pero los medios bosnios más importantes trataron de mantenerse al margen del papel propagandístico de sus 'compañeros'⁹¹.

3.1.4. La especificidad del 'hate speech' en los medios

En la breve descripción que hemos realizado han quedado sintetizados los elementos que acaban consolidando el denominado '*hate speech*'. Así pues, analizaremos a continuación, en primer lugar, cuáles son los rasgos básicos constitutivos de este modelo comunicativo y cuál es el papel que juegan los medios cuando se deciden a utilizarlo en un contexto social inestable, post-totalitario, pluriétnico y de transición democrática. Proyectaremos sus claves

⁹⁰ MINIC, S., *La vida y la muerte de Yugoslavia*, cit., p. 53.

⁹¹ *Ibíd.*, p. 53-54.

sobre la región de los Balcanes, para comprobar su influencia decisiva en el estallido del conflicto. En efecto, la mayoría de los medios de comunicación autóctonos de uno y otro bando utilizaron, de manera sistemática, un lenguaje lleno de estereotipos negativos y hostiles hacia las minorías internas, étnicas o religiosas, y lo extendieron hacia las comunidades fronterizas, justificando el desencadenamiento de acciones violentas y, en última instancia, alentando una guerra a gran escala. Esta insólita y sorprendente realidad mediática nos ha impulsado a penetrar en la gestación mediática de una guerra (desconcertante realidad) y en el descomunal poder de la información para jugar un papel pacificador o beligerante⁹².

En principio, resulta difícil culpar a los medios de comunicación de ser los únicos responsables de un conflicto armado como el de los Balcanes, pero, una vez que se analiza su papel, no caben dudas sobre su fundamental influencia⁹³. Generalmente, los conflictos –y también este– son el resultado de factores sociales, históricos y políticos complejos y, en especial, de las circunstancias, capacidad de análisis, relaciones, aptitudes y personalidad de los líderes políticos y militares de las partes involucradas⁹⁴. Pero, la realidad de los

⁹² La relación entre violencia con motivaciones étnicas en la Ex Yugoslavia y propaganda de los medios de comunicación está bien documentada. *Vid*, entre otros: THOMPSON, M., *Forging War*, Article 19, London, 1999; BURIC, A., “The Media War and Peace in Bosnia” cit., p. 64-99; ALLEN, T. & SEATON, J., *The Media of Conflict: War Reporting and Representations of Ethnic Violence*, London, Zed Books, 1999; BELGRADE CENTRE FOR HUMAN RIGHTS, *Human Rights in Yugoslavia Reports*, Belgrade, 1998-2005; HAMPSON, F., *Incitement and the Media: Responsibility of and for the Media in Conflicts in the Former Yugoslavia*, Colchester, Essex, Human Rights Centre of the University of Essex, 1993.

⁹³ LENKOVA, M. (Ed.), ‘Hate speech’ in the Balkans...’, cit., p. 9. En algunos supuestos excepcionales, los medios pueden ser el único causante del conflicto: *vid*. the report on the Imia/Kardak story between Greece and Turkey (*ibid*. pp. 65-81).

⁹⁴ Como afirma Buric: “*The political leaders who plunged former Yugoslavia into bloodshed employed the media as a strategic weapon to strengthen their hold on power and justify violence. Politically controlled media were used to manufacture acceptance and support for*

Balcanes nos ha mostrado que el papel de los medios de comunicación en sociedades post-totalitarias, donde no existe una tradición ni una cultura sólida de los derechos humanos, adquiere una relevancia extraordinaria. Tanta es su relevancia que, como decimos, puede resultar determinante. Este será el segundo punto de análisis: ¿hasta dónde llega el papel de los medios en el desencadenamiento de un conflicto armado?

Todo lo que acabamos de exponer no deja de representar una importante paradoja si consideramos que uno de los derechos fundamentales básicos sobre los que se edifican las democracias es la libertad de expresión y de información. A nadie se escapa que la libertad de los medios de comunicación es esencial para la existencia de un verdadero control de los poderes públicos y que la violación de su independencia es el presupuesto para cometer las mayores y más graves vulneraciones de derechos humanos (el caso de Venezuela es paradigmático en la actualidad) y para acabar con la paz social⁹⁵. La relación entre libertad de expresión, medios de comunicación libres, opinión pública y democracia es indiscutible: no hay democracia donde no hay opinión pública, y no es posible la formación de la opinión pública sin la existencia de medios de comunicación independientes⁹⁶. Ahora bien, tampoco podemos

expansionist, aggressive warfare". (BURIC, A., "The Media War and Peace in Bosnia", cit., p. 64. En este sentido, Thompson afirma –reproduciendo a Benett– que la guerra no fue el resultado de siglos de odio y conflicto étnico, sino el resultado de *"very modern nationalist hysteria which was deliberately generated in the media."* (THOMPSON, M., *Forging War*, cit. n. 5, p. 298)

⁹⁵ BALLESTEROS, J., *Repensar la paz*, cit., p. 116. En este trabajo afirma *"libertad de información y paz son dos realidades intrínsecamente ligadas"*, sin embargo, la presencia del *hate speech* en el conflicto de los Balcanes genera una paradoja difícil de resolver.

⁹⁶ Duve recuerda: *"An open public debate to ensure the basic elements of a free democratic society is impossible without freedom of the media"* (DUVE, F., *OSCE Report on the current situation of the Media in the Federal Republic of Yugoslavia*, OSCE, 1998 http://www.osce.org/documents/html/pdf/html/2271_en.pdf.html, p. 5. De forma similar, Thompson reproduce el consejo que el Adjunto al Alto Representante para los Medios en

olvidar que las atrocidades cometidas por las masas no pueden tener lugar a no ser que las masas hayan sido motivadas y enardecidas de manera adecuada y continuada, función que desarrollan los medios⁹⁷. En consecuencia, ¿cabe resolver esta paradoja? ¿es posible respetar plenamente la libertad informativa y evitar, al mismo tiempo, que los medios desarrollen el *hate speech*?

Precisamente en circunstancias de complejidad política, étnica o religiosa, lo que se espera de quienes ejercen la profesión periodística es que se empleen a fondo y de manera responsable, para distinguir bien entre el hecho y la opinión, evitando dar todo protagonismo al discurso nacionalista del odio étnico. Pero, desgraciadamente, esto no ha sido así en los Balcanes. Al contrario, los informadores han constituido la punta de lanza, el ariete más contundente, del discurso xenófobo y belicista. Ahora bien, junto al papel primordial de los informadores, tampoco debemos olvidar que los ‘consumidores’ de los medios son los responsables últimos (junto al ejército) de las atrocidades cometidas. Si los ‘consumidores’ de los medios rechazan el *hate speech*, este tenderá lógicamente a desaparecer. Sin embargo, en una sociedad carente de tradición democrática, los ‘consumidores’ de los medios, acostumbrados a no cuestionar lo que leen y escuchan en ellos, se encuentran

Bosnia ofreció: *“Whoever administers the peace in Kosovo will need to hold sufficient authority to guarantee free and fair access to the airwaves and editorial independence for broadcasters and newspapers. Anything less will retard democratic development and hold back the peace process.”* (THOMPSON, M., *Slovenia, Croatia, Bosnia and Herzegovina, Macedonia (FYROM) and Kosovo International Assistance to Media*, OSCE Representative on Freedom of the Media, Vienna, 2000, p. 91). Para un análisis de la importancia de la independencia de los medios y la libertad de expresión para una sociedad democrática, *vid.* COLIVER, S., *The Article 19 Freedom of Expression Handbook*, London, Article 19, 1993.

⁹⁷ Dimitras se refiere a la idea de ‘deber nacional’: *“these peoples had to be indoctrinated to ‘love to hate and hate to love’ their enemies.”* (LENKOVA, M. (ed.), “Hate speech’ in the Balkans...” cit., p.8)

indefensos ante el *hate speech*, tienen serias dificultades incluso para discernir que se les está inoculando un virus psicológico letal. No los podemos culpar por no rechazar lo que difícilmente pueden reconocer.

De ahí la importancia de hacer germinar con firmeza la cultura de los derechos humanos en este tipo de sociedades. Se trata de un proceso de maduración largo, gradual y costoso, pero que puede acelerarse en cierta medida si se verifica un proceso profundo de aprendizaje que contribuya a cambiar los modelos de comportamiento. La educación tiene una importancia clave en el proceso de formación de las mentes, pero los medios de comunicación son los que tienen una influencia decisiva sobre los modelos de comportamiento⁹⁸. En consecuencia, analizaremos también el trascendental papel que deben jugar los medios de comunicación y la propia sociedad civil para contrarrestar el *hate speech* y establecer una cultura sólida de los derechos humanos. En este sentido, intentaremos apuntar algunas reflexiones sobre el papel positivo que los medios de comunicación independientes pueden jugar en la promoción de la democracia y la paz, en esta y otras zonas de conflicto del mundo.

3.2. El denominado '*hate speech*' (discurso del odio)

Abordaremos en este apartado una posible definición del denominado *hate speech*, y analizaremos sus orígenes y sus manifestaciones más típicas, para luego desentrañar cómo se ha producido la peculiaridad de este discurso en los Balcanes.

⁹⁸ Para un análisis de la situación de ausencia de cultura de los derechos humanos en los Balcanes y algunas directrices sobre cómo desarrollarla, *vid.* Dimitrijevic, V. & Benedek, W., "Culture of Human Rights in the Balkans", en DODOROVIC, M. (Ed.), *Culture of Human Rights*, Human Rights Centre Network, Belgrade, 2002, pp. 122-131.

Hate speech es una expresión acuñada en el ámbito anglosajón (hemos preferido dejarla en su formulación original) con la que se designa una categoría, un tipo particular de lenguaje, dirigido a degradar, intimidar o incitar a la violencia o cualquier clase de acción lesiva, contra un grupo de personas por razón de su raza, género, etnia, origen nacional, religión, etc. Además de incitar a la violencia étnica, racial o religiosa, este tipo de discurso se dirige también a descalificar y denigrar los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, justificando todo tipo de violaciones contra las libertades fundamentales⁹⁹.

Resulta necesario perfilar un poco más este concepto, debido a la existencia de distintas formas con las que se define y se entiende a nivel nacional e internacional. Basta acercarse a la jurisprudencia del TEDH para apreciar cómo se ha ido perfilando el concepto a lo largo del tiempo, en la medida en que hemos ido contemplando situaciones de naturaleza muy diversa que podían calificarse como tales. Y muy especialmente, después de los acontecimientos que tuvieron lugar en los Balcanes.

La *Recomendación n. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre "Discurso del Odio"*, adoptada el 30 de Octubre de 1997, fue el primer documento internacional que ofreció una definición de este concepto que hoy constituye una referencia básica en la materia:

"todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras las formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada por agresivo nacionalismo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante".

⁹⁹ LENKOVA, M. (ed.), "Hate speech in the Balkans", *cít.*, p. 5.

Se desprende de aquí, como elemento esencial de este tipo de expresiones, la manifestación de odio e intolerancia, discriminación y hostilidad motivada por razones discriminatorias. Además, este tipo de discursos, según ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se caracteriza también por revestir distintas formas ofensivas, que son las que terminan por justificar la limitación a la libertad, aunque la incitación al odio no necesariamente tiene que suponer una llamada a cometer actos de violencia y otras conductas criminales¹⁰⁰.

Más recientemente, la *Recomendación General n° 15 sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso del odio*, emitida por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa, adoptada el 8 de diciembre de 2015, ha complementado el concepto definiéndolo como:

“el uso de una o más formas de expresión específicas –por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones- basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual.”

Esta Recomendación recoge específicamente todos los elementos esenciales que conforman hoy el *discurso del odio*: se trata, pues, del fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, al odio, la humillación o el

¹⁰⁰ STEDH (Sección 1^o) de 4 de diciembre de 2003, *caso Müslüm Günduz v. Turquía* (ap. 37)

menosprecio así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza; uso que no solo tiene por objeto incitar a que se cometan actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, sino también actos que cabe esperar razonablemente que produzcan tal efecto; y motivos que van más allá de la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad, origen étnico o nacional y ascendencia.

Estos elementos permiten construir un concepto más o menos determinado de lo que cabe considerar como '*hate speech*'¹⁰¹:

- a) En primer lugar, las expresiones han de dirigirse contra una persona o grupo de personas por razón de determinadas circunstancias, siempre que sean de inspiración discriminatoria.

Así pues, el objeto específico de este discurso son los grupos de individuos que revisten cierta condición que implica a su vez una 'vulnerabilidad', algún tipo particular de indefensión. Son grupos de personas socialmente "visibles", identificables, a las que cabe atribuir un rasgo determinado de manera más o menos inmediata. En efecto, la virtualidad de este discurso consiste en generar una actitud socialmente mayoritaria de odio o desprecio hacia un grupo que, al encontrarse señalado y privado de la consideración social se torna vulnerable, por cuanto el fundamento del ejercicio efectivo de los derechos no está en la simple titularidad nominal de los mismos, sino que radica en el respeto y la consideración que cada individuo recibe de los otros en cuanto que se les reconoce como iguales en dignidad. Una vez que se les priva del reconocimiento de la igualdad dignidad –como el nazismo demostró

¹⁰¹ MARTÍN HERRERA, D., "Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio". *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 62, Nº. 2 (2014) p.3

suficientemente– se les priva o se les rebaja en su condición de sujetos (dejan de ser de los ‘nuestros’) y pasan a ser ‘*sacer*’, aparece su vulnerabilidad¹⁰².

Estos grupos vulnerables e identificables pueden ser muy diferentes, dependiendo de las circunstancias nacionales, pero generalmente señalan al ámbito de las minorías étnicas o religiosas (judías y negras, musulmanas, romaníes/gitanas) y también a refugiados y migrantes de diversas condiciones y procedencias. En este ámbito de grupos vulnerables e identificables procede incluir al colectivo LGTB y las personas que individualmente se identifican como tales.

- b) En segundo lugar, en estas expresiones debe existir un elemento ofensivo unido a la intencionalidad expresa y directa del emisor, quien debe buscar con sus manifestaciones humillar, vejar, insultar, provocar la comisión de actos de hostilidad, violencia o discriminación; y, además, debe existir en el emisor una concreta motivación que le impulse a actuar de esa manera en razón de la circunstancia a la que muestra intolerancia.

En este sentido, es importante recalcar que el ‘discurso del odio’ no puede identificarse con expresiones meramente insolentes, irreverentes, burlescas, hirientes, despectivas o insensibles. Toda sociedad abierta, que sea respetuosa con la pluralidad étnica, ideológica y religiosa, debe dar cabida y proteger a todo tipo de informaciones, opiniones o ideas, incluso las que, en palabras del TEDH, “chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. [...] Es precisamente

¹⁰² CUEVA FERNÁNDEZ, R., “El ‘discurso del odio’ y su prohibición”, en *Doxa*, N° 35, 2012, p. 445-446.

cuando se presentan ideas que se enfrentan, chocan o rechazan el orden establecido cuando la libertad de expresión es más preciosa.”¹⁰³

Tampoco procede identificar el ‘discurso del odio’ con las conductas tipificadas como ‘*delitos de odio*’ en los Códigos penales de diversos países. Bajo este término aparecen recogidos aquellos tipos delictivos en los que el móvil es la intolerancia hacia el diferente. En palabras de la *Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, la historia de Europa es una larga historia de delitos de odio e intolerancia en las que sus países comparten historias empapadas de esclavitud, colonialismo, inmigración y dictaduras que sirven para informarnos de “cómo y por qué cada país responde a los delitos de odio en una dirección determinada”, comprendiéndose así que “no haya una única definición legal o social de los delitos de odio o crímenes racistas en Europa.”¹⁰⁴

El documento: “*La persecución penal de los delitos de odio: guía práctica*”, elaborado en 2014 por la Oficina para los Derechos Humanos y las Instituciones Democráticas de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, define los delitos de odio como “cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objeto de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo con determinada característica común a sus miembros, tal como su real o percibida raza, nacionalidad, etnia, lenguaje, color, religión, sexo, edad, minusvalía mental o física, orientación sexual u otro factor similar.” En definitiva, no estamos ante expresiones (ante un discurso) estamos ante conductas delictivas, cuya

¹⁰³ STEDH (Gran Sala) de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside v. Reino Unido.

¹⁰⁴ TERUEL LOZANO, G.M., “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo”, *RDCE* nº 27 (2017) p. 7.

motivación se encuentra en los prejuicios contra alguien. Así pues, un delito de odio requiere de dos elementos básicos: un acto delictivo y una motivación en el autor de ese acto (prejuicios discriminatorios atendiendo a las características del individuo o grupo de personas frente a las que se dirige). Si no hay un acto delictivo previamente tipificado por el código penal (agresión, lesión, robo, homicidio, etc.), entonces no existe delito de odio. Cualquier acto delictivo puede convertirse en delito de odio si su móvil son los prejuicios (étnicos, religiosos, etc.) sobre alguien. El elemento que convierte un delito ordinario en delito de odio es que la víctima se elige en función de los prejuicios que el autor alberga respecto al grupo al que aquella pertenece¹⁰⁵.

No resulta fácil determinar qué tipo de conductas, expresiones o acciones pueden ser consideradas prejuiciosas y discriminatorias. Ciertamente, cuando se producen conductas graves, como las agresiones en clave racista o xenófobo, resulta claro que estamos ante un delito de odio, pero ¿cómo debemos calificar los actos previos que incitan a esas agresiones? Ese es el terreno propio del discurso del odio, en sentido estricto, es decir, todas aquellas manifestaciones de hostilidad hacia determinadas personas o grupos, tales como actos vandálicos, grafitis, propaganda, etc., que generan el caldo de cultivo propicio para la comisión de esos delitos y avivar conflictos a gran escala. Las expresiones que incitan a la intolerancia deben confrontarse siempre con el respeto a la libertad de expresión y opinión como derecho fundamental, ya que son conceptualmente distintas de los delitos de odio, porque en ellas no existe el primer elemento que define a estos últimos, es decir, la infracción penal. Aunque, ciertamente, hay formas de expresión que no incitan directamente a la violencia, pero resultan mucho más peligrosas a

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 8.

largo plazo que los delitos de odio propiamente dichos, porque infectan el corazón de toda una nación. La guerra desatada en la ex Yugoslavia constituye un ejemplo bien patente¹⁰⁶.

El *discurso del odio* puede adoptar la forma del denominado '*negacionismo*' y, de manera muy particular, el negacionismo del Holocausto. En la *Recomendación n. R (97) 20* aparecen recogidas como 'discurso del odio' las expresiones en forma de negación, trivialización, justificación o condonación públicas de los delitos de genocidio, los delitos de lesa humanidad o delitos en caso de conflicto armado cuya comisión haya sido comprobada tras recaer sentencia de los tribunales o el enaltecimiento de las personas condenadas por haberlos cometido. Y realiza una mención específica en relación a la 'negación del holocausto', entendida como acto de negación, cuestionamiento o manifestación de dudas ya sea de forma parcial o total, sobre el hecho histórico del genocidio de los judíos durante la Segunda Guerra Mundial¹⁰⁷.

En relación con la negación del holocausto, es importante diferenciar la estricta negación del holocausto y la duda razonable sobre la veracidad de ciertos acontecimientos, ya que la duda sobre la veracidad de estos no implica dejar

¹⁰⁶ MARTÍN HERRERA, D., "Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio", cit., p. 4.

¹⁰⁷ La negación del Holocausto, o de los crímenes contra la humanidad en general, se tipifica penalmente en bastantes países europeos. El Reino Unido y los países nórdicos constituyen la principal excepción. Por otro lado, la opinión estadounidense tiende a creer incorrecta la calificación de este tipo de expresiones negacionistas como Discurso del Odio necesitado de protección. En los Estados Unidos, la redacción de la I Enmienda es bien rotunda: el Congreso no podrá aprobar ninguna ley que restrinja la libertad de expresión o prensa, imponiéndose así una concepción libertaria y no paternalista de la libertad de expresión, una libertad que se protege de forma enérgica y con carácter preferente. (ESQUIVEL ALONSO, Y., "El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cuestiones constitucionales": *Revista mexicana de derecho constitucional*, Nº. 35, 2016, p. 31. BILBAO UBILLOS, J.M., "La negación de un genocidio no es una conducta punible (Comentario de la STC 235/2007)", *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº. 85, 2009, p. 304).

de reconocer la existencia del Holocausto. Solo la negación constituye por sí misma un delito y aquí no se duda sobre cuestiones puntuales sino sobre el total desconocimiento del trágico suceso histórico. La línea jurisprudencial de Estrasburgo declara que la verdad histórica del Holocausto como hecho histórico claramente establecido adquiere una protección absoluta, independientemente de los efectos que, en el caso concreto, puedan tener las manifestaciones negacionistas para la paz social o el abuso del derecho. Además, el TEDH ha venido avalando la legitimidad de las condenas impuestas en diversos países en aplicación de normas penales que castigan la difusión de publicaciones negacionistas, al considerar que tales publicaciones no pueden beneficiarse de la protección que brinda el artículo 10 del Convenio¹⁰⁸.

Podemos calificar, en general, como ‘discursos negacionistas’ aquellas manifestaciones que, normalmente por unos motivos ideológicos concretos y valiéndose de discutibles metodologías académicas o pseudo-científicas, pretenden la negación o justificación de graves genocidios u otros crímenes contra la humanidad, incluyendo tanto conductas de pura negación, como de minimización o de justificación, así como el ensalzamiento de los autores de estos crímenes. El discurso negacionista, en general, se encuentra amparado por la libertad de expresión, sin perjuicio de que eventualmente pueda encuadrarse como conducta delictiva en el caso de que pueda calificarse como delito de odio, por inducir directamente a realizar actos violentos delictivos; es decir, las manifestaciones sancionadas deberán así ir dirigidas contra una persona o grupo de personas definido por motivos religiosos, raciales, por su

¹⁰⁸ TERUEL LOZANO, G.M., “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión”, cit., p. 33-34.

ascendencia, etnia u origen; y deberán ser idóneas para incitar a la violencia o al odio contra tal persona o grupo¹⁰⁹.

En el tema que nos ocupa, el *hate speech* se identifica por la utilización de un vocabulario discriminatorio, cuidadosamente seleccionado, dirigido a legitimar la consideración negativa y despectiva de todos aquellos que no pertenecen al “nosotros”, al grupo étnico nacional: la sistemática denigración de todos aquellos que pueden calificarse como “los otros”. Este lenguaje, de hecho, refleja una concepción nacionalista “identitaria y excluyente” que algunos pueblos han desarrollado, especialmente en los Balcanes, para los cuales el “yo nacional” exige una ineludible homogeneidad cultural, étnica y religiosa que “pruebe su unicidad y exclusividad en relación y frente a otras naciones”¹¹⁰.

No procede extenderse aquí sobre el origen y las fuentes en las que bebe el fenómeno nacionalista identitario, baste apuntar que los expertos han acreditado que se encuentra estrechamente ligado a la profusa y manipulada utilización del *hate speech* en el ámbito educativo y a su reproducción y propagación a través de los medios de comunicación¹¹¹. Es importante señalar también que las sociedades con una orientación o pasado inmediato totalitario son, obviamente, más propicias al discurso nacionalista y, en consecuencia, suelen estar más sometidas al vocabulario típico del *hate speech*. No obstante, numerosos informes denuncian su utilización en sociedades que no han atravesado un proceso totalitario, sino que, por el contrario, son reconocidas como democráticas (baste citar el discurso de partidos nacionalistas xenófobos

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 74.

¹¹⁰ PAPANIKOLATOS N., ‘Hate Speech’: (Re) Producing the Opposition Between the National Self and the ‘Others’, en LENKOVA, M. (ed.), “Hate speech’ in the Balkans...” cit., p. 10.

¹¹¹ “*In modern societies the fundamental “mechanism of cultural homogenization in the shaping of a collective national identity” is provided by the institution of education.*” (*ibid*, citando a Frangoudaki)

en Holanda, Francia o España)¹¹². Sin embargo, existe entre ambos casos una diferencia importante: mientras que, en países con tradición democrática, los receptores de esos mensajes son capaces de reconocer el *hate speech* y saben digerirlo, en mayor o menor medida, a través de una sociedad civil crítica y activa, los pueblos carentes de esa cultura democrática, en su mayoría, no son ni siquiera conscientes de la existencia del fenómeno. De ahí la importancia de que un verdadero entramado de sociedad civil y un desarrollo serio de las instituciones democráticas permita alumbrar un concepto sólido de ciudadanía que contribuya a desactivar el imaginario etnocentrista del nacionalismo identitario permanentemente aireado por los medios¹¹³. Obviamente, se trata de un proceso progresivo, en constante evolución y regeneración, pero que debe acometerse con decisión en el seno de sociedades en proceso de cambio y reconstrucción de valores, muy vulnerables a la acción de la propaganda¹¹⁴.

El ejemplo más paradigmático del efecto letal que el *hate speech* puede producir en una sociedad sin estructura ni hábitos democráticos se ha verificado en los Balcanes, y, de manera muy particular, en Kosovo, degenerando en una guerra sangrienta y en episodios escalofriantes de genocidio y limpieza étnica. De ahí que analizar este fenómeno resulte tremendamente ilustrativo para entender los mecanismos de actuación de este discurso.

¹¹² Se menciona frecuentemente el caso de Grecia (LENKOVA, M. (ed.), 'Hate speech' in the Balkans...', cit., pp. 43-64). Sin embargo, podemos encontrar *hate speech* en cualquier rincón del 'mundo democrático': solo tenemos que escuchar las noticias sobre el trato que los inmigrantes y algunas minorías reciben en nuestra sociedad.

¹¹³ MOORE, P., "The language of hate", en LENKOVA, M. (ed.), 'Hate speech' in the Balkans...', cit., p. 11.

¹¹⁴ Las propias sociedades democráticas ilustran esta afirmación. Por otra parte, no podemos olvidar que, en la región de los Balcanes, muchos años después de la finalización del conflicto, los informes sobre *hate speech* no son, en absoluto, satisfactorios.

3.3. *Hate speech* en los Balcanes: un paradigma

El triunfo del *hate speech* mediático en la antigua Yugoslavia frente a la hipótesis de conversión pacífica de una sociedad civil pluriétnica en una estructura política de comunidades autónomas, se debe a dos factores fundamentales: en primer lugar, los hábitos procedentes del autoritarismo todavía presentes en la vida social y en las instituciones políticas, que dificultan en gran medida la verdadera interiorización de los hábitos democráticos; en segundo lugar, la exaltación exacerbada del espíritu y la mitología nacionalista identitaria que en esta región resulta tan frecuente y tan fácilmente manipulable. La intensidad del *hate speech* ha crecido, pues, en la medida en que se ha ido consolidando un “yo nacional, identitario y excluyente”, frente al resto de los que conviven en el propio territorio. En función de los distintos niveles de intensidad de ese “yo nacional”, las manifestaciones típicas del *hate speech* en los Balcanes podrían sintetizarse del siguiente modo¹¹⁵:

- a) **Negación de la existencia de minorías o incluso de una determinada etnia.** El *hate speech*, en su manifestación más explícita, y en su nivel más intenso, significa y supone la estricta negación de cualquier ‘otro’ como tal, dentro de las fronteras del Estado. En este caso, los medios de comunicación transmiten y subrayan cuidadosamente la idea de una sociedad absolutamente homogénea, tanto en lo esencial como en lo accidental, y en cuyo vocabulario no existe la palabra diferencia. Toda reivindicación de diferencia es considerada subversiva y atentatoria contra los principios más sagrados de la patria. La negación de la

¹¹⁵ Clasificación basada en el criterio de PAPANIKOLATOS, N., ‘Hate Speech’: (Re) Producing the Opposition Between the National Self and the ‘Others’, cit., p. 12 ss.

existencia de los 'otros' puede llegar a proyectarse incluso más allá de las fronteras del Estado, negando la existencia de determinadas identidades étnicas en otros territorios¹¹⁶.

- b) Imagen negativa de los inmigrantes, minorías religiosas y étnicas y los extranjeros.** En un segundo nivel, el *hate speech* realiza una tarea de identificación de 'los nuestros', confirmando la identidad nacional, y de diferenciación de los 'otros', que deben ser excluidos por su esencial y antitética incompatibilidad con los genuinos valores nacionales autóctonos. Este segundo nivel se manifiesta a través de imágenes negativas y denigrantes que los medios seleccionan y reproducen sobre las minorías, pueblos vecinos e inmigrantes. En este nivel ya no se trata de negar la existencia de los 'otros', sino de utilizar descripciones despectivas y estereotipos peyorativos con el fin de minimizarlos, despersonalizarlos y humillarlos hasta tal extremo que la vulneración de sus derechos y su tratamiento como no-personas queda 'justificado'¹¹⁷.
- c) Ataques contra representantes o líderes de las minorías.** Una tercera manifestación del *hate speech* se verifica en la permanente descalificación personal y política que los medios realizan sistemáticamente contra los líderes o representantes de las minorías, que son habitualmente denominados radicales, violentos, separatistas,

¹¹⁶ Para algunos ejemplos, *vid. ibid*, p. 12.

¹¹⁷ Por ejemplo, en Kosovo, los medios serbios habían estado 'reciclando' la imagen de los albaneses 'separatistas' una y otra vez, desarrollando un clima de sospecha y tensión entre las dos comunidades y provocando el nacimiento de sentimientos de inseguridad entre los serbios. En este círculo vicioso de sentimientos de miedo y degradación, es fácil observar la participación de los medios serbios en la creación y reproducción de las imágenes negativas sobre la etnia albanesa. Creo que no es necesario recordar cómo el conflicto se desencadenó en 1999. Para otros ejemplos, *vid. PAPANIKOLATOS*, 'Hate Speech': (Re) Producing the Opposition Between the National Self and the 'Others', cit., p. 12-20.

chantajistas, etc., provocando con ello que la minoría en cuestión aparezca ante los ojos de la opinión pública como protagonista de una extorsión, como deseosa de un privilegio o ventaja frente al resto, como ingrata y traidora frente a lo mucho que ha recibido, como merecedora de un castigo ejemplar que la haga recapacitar.

d) Ataques contra ONGs, periodistas o intelectuales. Otra manifestación bastante habitual del *hate speech* en los Balcanes tiene lugar a través de ataques y descalificaciones de los medios hacia periodistas independientes, intelectuales y ONGs que cuestionan el *status quo* o ponen en entredicho los mitos del nacionalismo identitario. A diferencia de lo que sucede con los medios de comunicación en las democracias consolidadas, donde la discrepancia y la oposición se reconocen como fundamento de una sociedad plural y de una política democrática, en los estados comunistas o ex-socialistas los medios tienden a desarrollar una especie de prejuicio emocional frente a los intelectuales independientes (también frente a los ex-comunistas, supuestos o reales), que adopta la forma de *hate speech* y los califica como ‘espías’ y ‘traidores’, ‘antipatriotas’ o ‘renegados’.

e) Ataques contra Occidente. También resulta habitual en el *hate speech* los ataques a Occidente como una especie de categoría unitaria que maquina una supuesta y permanente conjura contra los intereses de la nación, que conspira continuamente contra los valores y la identidad propia, que pretende colonizar y eliminar la historia y la cultura autóctona. La consecuencia básica de este planteamiento es que el proceso de democratización y el desarrollo de una conciencia democrática, son tachados de inquina occidentalista, de cultura extranjera, mientras que se alimenta una arbitrariedad ‘justificada’

basada en supuestas tradiciones ancestrales y se legitima la intolerancia, dureza e impunidad de las autoridades frente a una opinión pública que cree estar contribuyendo a salvaguardar su más preciado tesoro¹¹⁸.

- f) ***Hate speech* fundado en ‘no-hechos’.** Otra manifestación del *hate speech* se materializa en la frecuente difusión de informaciones basadas en ‘no-hechos’; es decir, la publicación de sucesos o acontecimientos trágicos o peyorativos protagonizados por quienes no comparten los valores identitarios, sin claro fundamento, normalmente no probados o falsos, que no se rectifican posteriormente y que van contribuyendo a confundir a la opinión pública y a generar y reforzar en ella los estereotipos más negativos hacia minorías, grupos de personas o individuos concretos.
- g) ***Hate speech* provocador de violencia.** Finalmente, el *hate speech* es utilizado, en ocasiones, con la finalidad directa de provocar violencia, disturbios y conflictos, para conseguir un clima de hostigamiento e intolerancia hacia determinados grupos o individuos, dirigida y manipulada, hasta convertirse en una verdadera persecución. No pocas veces, en efecto, se produce una connivencia entre los medios y las autoridades estatales con el propósito de incitar a la realización de actos de violencia contra determinadas minorías, dando a entender, implícita o explícitamente, que se podrán realizar impunemente porque se trata de un servicio a la patria y de una exigencia del buen ciudadano, del ciudadano comprometido.

¹¹⁸ Vid. ejemplos en *ibíd.*, pp. 24-26.

4. LOS MEDIOS EN LA GÉNESIS DEL CONFLICTO DE KOSOVO

Como hemos señalado en la introducción, la región de los Balcanes es un ejemplo paradigmático de manipulación y abuso de los medios de comunicación en su intención de promover la violencia étnica y, en última instancia, el conflicto armado. De ahí el enorme interés de analizar la peculiaridad con la que se ha producido el *hate speech* en este caso, hasta el extremo de propiciar una guerra entre serbios y croatas y unos episodios de limpieza étnica espeluznantes.

4.1. Los medios y la reivindicación de la '*Gran Serbia*'

Después de la muerte de Tito, a comienzos de los 80, la estructura y organización de los medios se fue deteriorando progresivamente y la actuación del partido comunista acabó propiciando el control nacionalista sobre los medios de comunicación¹¹⁹. En efecto, el origen del conflicto yugoslavo suele situarse en 1987, cuando el nuevo líder de la *Liga Comunista de Serbia*, Slobodan Milošević, comenzó la purga de los editores no afines a las tesis ultranacionalistas y expansionistas del régimen de Belgrado, en la televisión y en los diversos periódicos¹²⁰. Milošević entendió perfectamente la importancia de que los medios asumieran la difusión y defensa de la causa nacionalista

¹¹⁹ *Vid.* Capítulo 1 de THOMPSON, M., *Forging War*, cit., n. 5.

¹²⁰ No obstante, Haxiu sitúa los orígenes del conflicto en 1912: "The Serbian campaign of terror did not begin on March 24, 1999, when NATO started bombing Serbia, nor on February 28, 1998, when the Drenica massacre took place, nor in 1989 nor in 1981. This was a whole period of hatred, and age of the cultivation of Nazism, the stimulation of the false idea that the Serbs are a superior race to the Albanians, which has lasted ever since 1912." (HAXIU, B., "Kosovo – Where the Dead Speak", en OSCE Representative on Freedom of the Media, Freedom and Responsibility: 1999/2000 yearbook of the Representative on Freedom of the Media, OSCE, 2001, p. 40.)

serbia para legitimar sus acciones bélicas¹²¹. Primero los cribó y después los utilizó para sus fines etno-nacionalistas, promoviendo la guerra para intentar realizar el viejo sueño de la ‘*Gran Serbia*’. Pero conviene hacer hincapié en que, si bien Milošević purgó a los no afines dentro de los medios, la realidad mayoritaria de los medios en Serbia era de sintonía con sus tesis identitarias y anexionistas, luego radicalizadas¹²².

La maquinaria de los medios, controlada por Milošević, utilizando refinados mecanismos de manipulación, se empleó a fondo para generar un convulso estado de opinión, propicio a la guerra, a partir de la hipótesis de un inminente “genocidio” sobre las minorías serbias presentes en otras repúblicas y provincias de la Antigua Yugoslavia. Más tarde, los líderes políticos de las otras repúblicas yugoslavas imitaron el ejemplo de Milošević y lanzaron sus propios eslóganes propagandísticos contra Serbia, en el mismo sentido. Junto a esto, los medios extranjeros que cubrieron las guerras en Eslovenia, Croacia, Bosnia y Kosovo también influyeron, con sus posicionamientos a favor de unos u otros, en el curso de los acontecimientos y se convirtieron en nuevos campos de batalla, indirectos o secundarios, para la opinión pública mundial¹²³.

Entre los años 1990 y 1991, la autonomía e independencia de los medios ya había sido limitada formalmente a través de diversas leyes de salvaguarda de los valores nacionalistas adoptadas por las autoridades serbias. Resulta paradigmático el detallado relato que realiza Thompson sobre los cambios en la estructura del diario serbio *Politika* y la interferencia en el nombramiento de su

¹²¹ Aparentemente, Milošević se reunía con el jefe de *Belgrade Radio-Television* todos los días (ZIMMERMAN, W., “The Captive Mind”, *The New York Review of Books*, February 2, 1995, reimpresso en THOMPSON, M., *Forging war*, cit., n. 5, p. 324).

¹²² “Milošević had won his war where it mattered, in people’s minds, before it started.” (SPICER, K., “Peacekeeping: Try words, they come cheaper”, *The Economist*, September 3, 1994. <http://www.mediapeace.org/archive/peacekeeping.cfm>)

¹²³ THOMPSON, M., *Forging war*, cit., n. 5, cap. 2.

editor jefe¹²⁴. Fuera de la televisión extranjera por satélite (escasamente difundida y con escaso poder de incidencia real, tanto por idioma como por planteamiento), a partir de 1991, no existía en toda Serbia ninguna otra fuente de noticias ajena a la doctrina oficial del nacionalismo, proclive a un conflicto bélico.

A partir de ese momento, como decíamos, los medios de comunicación contribuyeron a generar la infundada convicción de que los “hermanos serbios” se encontraban amenazados por otras etnias mayoritarias en las provincias vecinas y de que la acción bélica preventiva era el único modo de cumplir la obligación patriótica de defenderlos y rescatarlos y el único medio realista para la propia supervivencia de Serbia frente a un escenario de hostilidad global. El mensaje lanzado afirmaba de manera contundente que las distintas “identidades” hacían imposible la convivencia de los distintos grupos étnicos yugoslavos y, como consecuencia, el conflicto era inevitable hasta tanto no se produjera una identidad étnica y territorial¹²⁵. Los medios serbios procuraron “convencer a su público de que los serbios de Croacia y Bosnia eran, sobre todo, miembros dispersos de la ‘identidad nacional’ serbia”¹²⁶.

Los esfuerzos para crear este sentimiento de la ‘Gran Serbia’ fueron particularmente fuertes en lo referente a Kosovo. Milošević y los medios supieron jugar perfectamente la carta del sentimiento étnico identitario: en su esfuerzo por convencer a los serbios de su responsabilidad en la liberación de sus compatriotas en Kosovo y *viceversa*, los medios demostraron también una

¹²⁴ Para una descripción de las prácticas gubernamentales de control de los medios en Serbia, *vid.* THOMPSON, M., *Forging war*, cit., cap. 3.

¹²⁵ De acuerdo con el diario *Odgovor*, tales mensajes tuvieron éxito a la hora de legitimar la guerra (a través de la propaganda política) como la única solución posible a la profunda crisis yugoslava. *Odgovor*, May 1995, citado en *ibid*, p. 292.

¹²⁶ THOMPSON, M., *Forging War*, cit., n. 5, p. 51.

capacidad de convicción fuera de lo común para persuadir a los serbios residentes en Kosovo de que ellos jugaban un papel trascendental en la construcción de la ‘*Gran Serbia*’, para lo cual su total anexión política y su dominio étnico en la zona resultaba un imperativo histórico, teniendo en cuenta que un 90% de la población kosovar era de origen albanés.

4.2. Los medios de comunicación en Kosovo antes del conflicto

En 1989, el régimen de Milošević suprimió la autonomía constitucional de la provincia serbia de Kosovo. El 5 de julio de 1990, como consecuencia de la entrada en vigor de la *Ley de Información Pública*, se suprimió la programación en lengua albanesa de la emisora oficial provincial, *Radio-Television Pristina* (RTP) y se instó, además, el despido unilateral de todos los albaneses que, en ese momento, trabajaban en el medio. La correspondiente programación en albanés de las emisoras y diarios locales fue intervenida, reducida y censurada¹²⁷. Hasta ese verano del 90, los medios escritos y hablados en Kosovo utilizaban de manera habitual ambos idiomas. Además de *Radio-TV Pristina*, realizaban sus emisiones en serbio y albanés siete estaciones más de radio locales. También en esas dos lenguas se publicaban alrededor de 40 revistas y periódicos. El único diario publicado exclusivamente en albanés – *Rilindja*, fundado en 1945– se cerró por orden gubernamental el 7 de agosto de 1990¹²⁸.

¹²⁷ THOMPSON, M., *Forging war*, cit., n. 9, p. 61.

¹²⁸ LENKOVA, M. (ed.), “Hate speech’ in the Balkans...”, cit., p. 122. En noviembre de 1992, el Parlamento Serbio adoptó una nueva *Ley de Información*, por medio de la cual se estableció un nuevo ente informativo, denominado *Panorama Publishing and Distribution House*, que sustituía a la entidad propietaria y editora del clausurado diario *Rilindja*. La nueva entidad *Panorama*, constituida y supervisada por las autoridades serbias, asumió la dirección y los

De un día para otro, la televisión y las radios kosovares comenzaron a emitir casi exclusivamente en lengua serbia, incorporando de manera sistemática el mensaje anexionista de la '*Gran Serbia*' y etiquetando como "terroristas", "traidores" y "enemigos del Estado" a quienes antes abogaban mayoritariamente por la independencia de Kosovo. Las emisoras y diarios continuaron con una pequeña parte de la programación en albanés, pero todo lo que se emitía o escribía en esa lengua no era sino una traducción de los mensajes y consignas que las autoridades serbias redactaban diariamente en Belgrado, de manera que apenas ningún albanés en Kosovo le prestó la más mínima atención o credibilidad¹²⁹.

El cierre de *Rilindja* generó la paradójica revitalización de un antiguo diario, originalmente dedicado a temas agrícolas, llamado *Bujku*, que, a partir de ese momento, se convirtió en el órgano de difusión de la doctrina oficial del "gobierno" de la auto-proclamada independiente "República de Kosovo", votada masivamente por la mayoría albanesa en 1992. Resulta insólito que este diario no fuera clausurado por las autoridades serbias, ya que representó el polo opuesto a las tesis nacionalistas serbias sosteniendo un radicalismo nacionalista en sentido contrario¹³⁰. En numerosas ocasiones informó sobre la inminente independencia de Kosovo, distorsionando y manipulando los pronunciamientos de los líderes occidentales, la OTAN y la ONU sobre el estatus de la provincia. Sus editoriales alimentaron falsas esperanzas entre los albanokosovares de que los gobiernos extranjeros reconocerían en breve la

activos del antiguo diario, con plenas competencias para nombrar y cesar a los miembros del Consejo de administración y sus ejecutivos. (*Ibid*, p. 123)

¹²⁹ SULLIVAN, S., "The case studies: Kosovo", en Price, M.E. (Ed.), *Restructuring the Media in Post-Conflict Societies: Four Perspectives. The Experience of Intergovernmental and Non-Governmental Organizations*. A Background Paper for the UNESCO World Press Day Conference in Geneva, May 2000, p. 27.

¹³⁰ *Ibid*, p. 28.

independencia de Kosovo, se exageraron los abusos que el régimen serbio estaba cometiendo contra los albaneses y se generó también un estado de opinión proclive al conflicto bélico¹³¹.

5. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DURANTE EL CONFLICTO DE KOSOVO

Con una evidente intención de preparar y legitimar la guerra, los medios de comunicación serbios ‘reciclaron’ una y otra vez la imagen de los albaneses ‘separatistas’, mientras que los albaneses, por su parte, elaboraban su propio discurso del odio contra los serbios. "*Spin doctors*" de ambos bandos aparecían

¹³¹ En 1993 empezó a publicarse un nuevo diario llamado *Zeri*, leído mayoritariamente por un público joven, educado y urbano. Al contrario que *Bujku*, *Zeri* intentó ser algo más neutral. En 1994, se empezó a publicar de nuevo *Koha*. Fue, con diferencia, la publicación más crítica, objetiva y profesional en Kosovo, informando sobre las deficiencias tanto del régimen serbio como del albanés. En ese mismo año, apareció un tercer periódico, bi-semanal, llamado *Gazette Shiptare*, completando el panorama periodístico de Kosovo con una tercera voz crítica. Cuando surgió la KLA en 1997, *Bujku* hizo eco a la voz de Rugova y repetidamente defendió que las fuerzas de la guerrilla no existían, sino que se trataba de un complot creado por las autoridades serbias para demonizar a los albaneses y minar la confianza del movimiento pacifista de la resistencia en Kosovo. *Koha*, por el contrario, fue más objetivo. Pero, con el tiempo, empezó a exagerar la fuerza de la KLA y, durante la guerra, también publicó frecuentemente titulares nacionalistas proclamando las victorias de la KLA (*vid.* Sullivan, S., "The case studies: Kosovo", *cit.*, pp. 29-30). Periodistas de todas estas publicaciones fueron habitualmente acosados, atacados, arrestados y encarcelados. Al menos tres periodistas albaneses fueron ejecutados por sus publicaciones. Alrededor de 50 fueron juzgados y enviados a prisión. Para un estudio de los casos concretos, *vid.* LENKOVA, M. (Ed.), "Hate speech' in the Balkans...", *cit.*, pp. 81-83, Belgrade Centre for Human Rights Reports, *op. cit.*; ZIVKOVIC, I. & POPOVIC, L., "Report on the Media in the Federal Republic of Yugoslavia", en *OSCE Representative on Freedom of the Media, Freedom and Responsibility: 1999/2000 yearbook of the Representative on Freedom of the Media*, OSCE, 2001, pp. 81-104.

en los medios informado de atrocidades y masacres supuestamente cometidas por el “otro bando”¹³².

5.1. Sectarización de los medios al comienzo del conflicto

RTS (Radio Televisión Serbia) fue uno de los medios que más instigaron el odio a través de la propaganda sectaria contra los líderes europeos. Por ejemplo, el 8 de octubre de 1995, este canal de televisión retransmitió un programa en el que se realizaba un paralelismo entre el bombardeo de Belgrado durante la Segunda Guerra Mundial y la campaña de bombardeos de la OTAN contra el Ejército Serbo-Bosnio ese mismo año. El programa argumentaba que, durante la Segunda Guerra Mundial, los objetivos de las bombas de los americanos fueron, sobre todo, “maternidades y guarderías” y no soldados o posiciones alemanas: “¿Pretendían, realmente, matar alemanes o estaban intentando asesinar a los serbios?”, preguntaba aviesamente el presentador¹³³.

En efecto, la actitud de los medios en lengua serbia hacia la comunidad internacional siempre estuvo marcada por la versión oficial de Belgrado, dando pábulo a la existencia de una ‘conspiración’ de Occidente contra Serbia y, muy en particular, llevada a cabo por norteamericanos, alemanes y el Vaticano¹³⁴. Pero, los “*spin doctors*” que representaban a los albanokosovares, y, especialmente, al Ejército de Liberación de Kosovo, también utilizaron de forma similar –aunque con menos extensión y alcance– algunos de los medios estatales de la Antigua República para defender y difundir sus tesis independentistas. El resultado de los mensajes y contra mensajes generó una

¹³² LENKOVA, M. (ed.), “Hate speech’ in the Balkans...”, cit., p. 82.

¹³³ DUVE, F., “*An open public debate...*”, cit., p. 3.

¹³⁴ LENKOVA, M. (ed.) “Hate speech’ in the Balkans...”, cit., pp. 105-106.

difícil tesitura para obtener y evaluar la información procedente de Kosovo y para presentarla de manera objetiva en los medios de comunicación¹³⁵.

La situación se radicalizó a partir de octubre de 1998, fecha en la cual las autoridades serbias de Kosovo declararon prácticamente la guerra a los medios de comunicación que intentaron informar de los acontecimientos al margen de la doctrina oficial. La aprobación de la *Ley de Información Pública* el 20 de octubre de 1998 fue simplemente un preámbulo de lo que estaba por llegar, en la violación de la libertad de expresión y del resto de derechos humanos tras la declaración del estado de guerra y el comienzo de los ataques aéreos de la OTAN.

Periodistas locales y extranjeros fueron encarcelados y, en ocasiones, torturados por el personal de seguridad; fue prohibida la retransmisión de programas extranjeros y se denegaron los visados de entrada a multitud de reporteros que trabajaban para reputados medios de comunicación internacionales. Se cerraron los periódicos y se cancelaron las licencias de emisión de radios no afines¹³⁶. Vojislav Seselj, líder paramilitar serbio, en varias entrevistas concedidas en octubre, denominó a los medios de comunicación *no alineados* como “la quinta columna americana”, “espías” que estaban ayudando a los países europeos occidentales a conseguir sus “objetivos anti-serbios”. En este ambiente, todo periodista no afecto fue acusado de alta traición¹³⁷.

¹³⁵ Vid. ejemplos en: SULLIVAN, S., “The case studies: Kosovo”, cit., LENKOVA, M., “Hate speech’ in the Balkans...” cit., p. 81-84, ZIVKOVIC, I. & POPOVIC, L., “Report on the Media in the Federal Republic of Yugoslavia”, cit., pp. 81 *et seq.*

¹³⁶ ZIVKOVIC, I. & POPOVIC, L., “Report on the Media in the Federal Republic of Yugoslavia”, cit., pp. 81-84.

¹³⁷ Vid. ejemplos en DUVE, F., “An open public debate...”, cit.

5.2. Control de los medios durante la intervención de la OTAN

El régimen de Belgrado fue siempre consciente de que el conflicto de Kosovo se tenía que luchar y ganar en la arena de los medios¹³⁸. En consecuencia, tanto los medios en Serbia, como también los medios de los Estados miembros de la OTAN, lanzaron una campaña de propaganda de guerra durante la intervención militar internacional, tratando de eliminar cualquier información que no favoreciera los propios intereses. En efecto, cuando el 24 de marzo de 1999 comenzó la intervención de la OTAN, la *Ley de Información Pública* en Serbia se radicalizó todavía más con decretos propios del estado de guerra.

Las autoridades serbias radicalizaron las prácticas de control desarrolladas durante los años previos: multas a los medios que deslizaban alguna crítica hacia el gobierno o sus decisiones; severas restricciones a la libertad de información y censura en todos los ámbitos; cesión obligatoria de licencias y equipos de retransmisión; obstrucción y cierre de medios de comunicación privados (el 25 de marzo, después de una redada policial muy violenta, el último diario independiente que había sobrevivido, *Koha Ditora*, fue obligado a cerrar); arresto y encarcelamiento de periodistas, intimidación de individuos, movilización forzosa y expulsión de periodistas extranjeros¹³⁹. Sin embargo, como Zivkovic & Popovic señalan, estas pueden ser consideradas medidas “casi suaves”, comparadas con el asesinato del editor y dueño del *Dnevni Telegraph*, Slavko Curuvijaw, y el atentado contra el Editor Jefe de *Republika Srpska-based Nezavisne Novine*, Zeljko Kopanja, con una bomba en su

¹³⁸ ZIVKOVIC, I. & POPOVIC, L., “Report on the Media in the Federal Republic of Yugoslavia”, *cit.*, p. 81.

¹³⁹ Para ejemplos concretos de dichas prácticas, *vid.* Belgrade Centre for Human Rights Report 1999, *op. cit.*, pp. 239-290.

coche¹⁴⁰.

En Serbia, el diario pro-gubernamental *Politika* interpretó la intervención de la OTAN en base a unos supuestos y siniestros planes de la Alianza Atlántica para “conquistar” Yugoslavia. El Presidente Milošević, en su discurso a la nación el 24 de marzo, afirmó lo siguiente: “*Kosovo es simplemente un pretexto para el ataque dirigido a destruir la independencia y libertad de Yugoslavia (...)*”¹⁴¹, mientras que *Politika* presentaba el sentimiento patriótico del pueblo y su justificada indignación ante las bombas, como un apoyo al liderazgo y a la persona de Slobodan Milošević al frente del Estado¹⁴².

Todos los periódicos serbios durante aquel periodo reprodujeron básicamente las mismas informaciones y opiniones que las expresadas en las páginas del diario oficialista *Politika*: la censura y el control directo por parte del gobierno no hicieron posible ninguna excepción. Nada se escribió (ni una línea) sobre las matanzas, masacres, campos de exterminio y todo tipo de violaciones de derechos humanos en Kosovo y otras regiones de Serbia. Y, sin embargo, las informaciones de guerra fueron exhaustivas, pero se limitaron a la transcripción de noticias y comunicados enviados por los cuerpos del Estado, a los manifiestos proclamados por los partidos políticos y a la exaltación patriótica de los valores y espíritu nacionalista, sin incluir ningún comentario editorial medianamente crítico¹⁴³.

¹⁴⁰ ZIVKOVIC, I. & POPOVIC, L., “Report on the Media in the Federal Republic of Yugoslavia”, cit., p. 81.

¹⁴¹ Citado por *Belgrade Centre for Human Rights Report 1999, op. cit.*, p. 291.

¹⁴² Vid. ejemplos de los titulares de *Politika* en *ibíd.*, pp. 291-293.

¹⁴³ Vid. ejemplos en *ibid*, p. 292.

5.3. Supervisión de los medios durante la administración UNMIK

Después de que las fuerzas de la OTAN ocuparan Kosovo, la administración de la región se concedió a Naciones Unidas. A partir de ese momento, el control de todas las funciones del estado asumidas por la ONU incluía el control y gestión del aparato estatal de radio y televisión y la potestad reguladora sobre los medios de comunicación.

La administración internacional dedicó mucho tiempo y esfuerzo a analizar la reciente experiencia del post-conflicto de Bosnia en este sentido, para evitar que los errores cometidos allí se repitieran en esta ocasión¹⁴⁴. La *Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo* (UNMIK) planificó muy detalladamente la regulación de los medios de comunicación en Kosovo con el fin de cumplir los objetivos pacificadores y de reconciliación del post-conflicto¹⁴⁵. Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos y del intento de aprender de las experiencias pasadas, a la hora de implementar la paz y la reforma de los medios, la mayor parte de los errores cometidos en Bosnia se repitieron en Kosovo¹⁴⁶.

Cuando las fuerzas de pacificación de la OTAN entraron a Kosovo, tras la retirada de las fuerzas militares y policiales serbias, prácticamente ningún medio de comunicación quedaba operativo en la región. En efecto, prácticamente todos habían desaparecido, bien por su destrucción material

¹⁴⁴ Para un análisis de la situación de los medios en Bosnia, *vid.*, ente otros, PRICE, M.E. (ed.), *Restructuring the Media in Post-Conflict Societies: Four Perspectives. The Experience of Intergovernmental and Non-Governmental Organizations*. A Background Paper for the UNESCO World Press Day Conference in Geneva, May 2000, pp. 5-18.

¹⁴⁵ Para un estudio del papel de la UNMIK en el área, *vid.* Nilsson, J., "UNMIK and the Ombudsperson Institution in Kosovo: Human Rights Protection in a United Nations 'Surrogate State', *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 22/3, The Hague, 2004, pp. 389-411..

¹⁴⁶ SULLIVAN, S., "The case studies: Kosovo", *cit.*, p. 26.

(bombardeados, asaltados, etc.) bien por su agotamiento en términos económicos y de personal. Por otra parte, la gente se encontraba en una situación de pobreza y desvalimiento extremos, poco proclive a poner en marcha algo de este estilo con una mediana posibilidad de éxito: cerca de un millón de albaneses habían huido o habían sido expulsados de la provincia y los que quedaban en Kosovo estaban atemorizados. De manera que, aunque el régimen serbio revocó los decretos de guerra sobre los medios, a pesar del cambio psicológico y de la reducción de las posibilidades represivas, la situación no se ‘normalizó’, ni la libertad de expresión se respetó; al contrario, continuó la represión contra los medios independientes y continuó la propaganda estatal presentando la derrota como una victoria¹⁴⁷.

El mandato de UNMIK tenía que coordinar los trabajos de cuatro organizaciones diferentes: el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), la Unión Europea y la propia ONU. La reforma de los medios de comunicación se encomendó al trabajo de la OSCE que, acabada la guerra, envió un equipo de expertos a Kosovo para que prepararan un informe de lo que hacía falta en ese sentido.

5.3.1. El plan para los medios propuesto por la OSCE

La OSCE desarrolló un plan transitorio para la concesión de licencias de televisión y estaciones de radio. Este plan incluía la capacidad de sancionar o cerrar a los medios de comunicación que violaran en sus emisiones los *estándares internacionales*. Además, la OSCE facilitaría asistencia financiera y

¹⁴⁷ ZIVKOVIC, I. & POPOVIC, L, “Report on the Media in the Federal Republic of Yugoslavia”, cit., p. 90-100.

formativa para los medios locales y para sus periodistas y pondría en marcha su propio servicio de noticias elaborado por un equipo de periodistas locales e internacionales¹⁴⁸. El Plan de la OSCE incluía también la creación de una Comisión Reguladora de los Medios. Esta comisión debía preparar y gestionar un “*Código de Prácticas para medios Audiovisuales*” y un “*Código Provisional de Prensa*” dirigido a los periodistas de estos medios, además de monitorizar e implementar los mecanismos para su cumplimiento.

Asimismo, la UNMIK nombró el 18 de octubre de 1999, al *Temporary Media Commissioner* (TMC). Asociado a la misión de la OSCE, el TMC es una agencia reguladora independiente diseñada para promover estándares éticos y técnicos, a través de un sistema de regulaciones y licencias. Sus actividades incluían la monitorización de las emisiones y publicaciones de noticias de los medios, el análisis de legislación relativa a los medios, la evaluación de quejas y denuncias contra esos medios y la ejecución de la reglamentación y las licencias relativas a los medios¹⁴⁹.

Antes incluso de que la misión de OSCE comenzara, sus planes desataron la ira de los grupos internacionales ‘*watchdog*’ sobre medios, que denunciaron como una violación de la libertad de prensa la regulación de la prensa de Kosovo propuesta por la organización. La OSCE fue acusada de planear una dominación neo-colonial de los medios y de tratar de imponer a los kosovares estándares y códigos de conducta absolutamente injustos e ilegítimos¹⁵⁰. La situación empeoró cuando, en febrero del año 2000, la ONU dictó un reglamento draconiano contra el *hate speech* e impuso un régimen regulador

148 Sobre el papel de la OSCE, vid. SULLIVAN, S., “The case studies: Kosovo”, cit., p. 31 ss.

149 Para más información sobre el TMC y sus funciones (presente, pasado y futuro), vid. <http://www.imc-ko.org>

150 SULLIVAN, S., “The case studies: Kosovo”, cit., p. 31 and THOMPSON, M., “Forging Peace”, 2001. <http://www.eurozine.com/articles/2001-11-30-thompson-en.html>, p.2.

para la prensa y los medios de comunicación audiovisuales: la UNMIK fue denunciada por autoproclamarse fiscal, juez y jurado contra los periodistas locales, actitud que, difícilmente, podría ser calificada como un modelo de práctica democrática¹⁵¹.

Parte de estas disfunciones fueron resueltas mediante la creación del *Media Appeals Board*, que demostró su independencia en septiembre del año 2000 con la anulación del castigo que la misión de la ONU-OSCE había impuesto a un diario de Kosovo¹⁵². Como consecuencia de esto, se permitió a la OSCE que continuara con su programa de desarrollo de los medios, pero su capacidad sancionadora hacia los periodistas y los medios para los que trabajaban fue limitada de manera significativa¹⁵³.

La guerra de los medios, no obstante, continuó. Casi todos los periódicos en Kosovo mantuvieron una orientación nacionalista y solían incluir artículos incendiarios basados en informaciones habitualmente falsas.

¹⁵¹ *"The best way to combat hate speech is not to ban it, but to insure that Kosovo's citizens have access to alternate views. There is added danger if the regulations are broad enough to bar other ideas the international community does not like. It is risky to (...) attempt to regulate ideas and expression in a region where these powers have been so tragically misused."* (Editorial en *'The Times'* el 30 de agosto de 1999, citada en SULLIVAN, S., "The case studies: Kosovo", cit., p. 31). Como era de esperar, muchos medios locales en Kosovo también condenaron la nueva regulación sobre *hate speech*. Por su parte, *Koha Ditore* y el moderado *Zeri* defendieron la regulación, al considerarla necesaria durante este periodo de desarrollo en Kosovo.

¹⁵² THOMPSON, M., "Forging Peace", cit., n. 53, p.2.

¹⁵³ Sobre los efectos de las limitaciones del mandato de la OSCE, *vid.* SULLIVAN, S., "The case studies: Kosovo", cit., p. 33-34.

5.3.2. El problema de los medios audiovisuales

En cuanto a los medios audiovisuales, la situación también se presentaba complicada. La UNMIK decidió aceptar la sugerencia de la OSCE de restablecer *Radio Televisión Pristina* y convertirla en el equivalente a una red europea pública de medios audiovisuales con un nuevo nombre, *Radio Television Kosovo* (RTK). Pero, como Sullivan ilustra, esta iniciativa resultó más complicada de lo esperado: el nombramiento como directivos de periodistas internacionales y de albanokosovares que habían sido formados en Occidente, en detrimento de aquellos que trabajaban en el medio con anterioridad a 1989, generó gran malestar interno; por otro lado, el intento de RTK de ser objetiva y eliminar la carga nacionalista, generó un tremendo resentimiento en Kosovo¹⁵⁴. Como era previsible, la tensión no podía durar y los periodistas locales fueron, poco a poco, accediendo a los puestos directivos hasta que, en enero del 2000, desapareció la supervisión internacional y el control externo de contenidos, a pesar de que la emisora estaba completamente financiada por fondos internacionales.

Como Thompson destaca, este cambio tuvo consecuencias tanto profesionales como políticas, ya que la información parcial y sesgada apareció de nuevo: la primera semana de febrero de 2000 estuvo marcada por una terrible sucesión de asesinatos en la ciudad de Mitrovica. RTK habló abiertamente de “*criminales serbios*” y del “*terror serbio*”, y lanzó acusaciones contra las tropas francesas de la KFOR, sin incluir ninguna respuesta ni comunicado al respecto de fuentes de esa procedencia. Tras la primera serie de asesinatos, represalias y contrarrepresalias, el líder de la facción kosovar más poderosa, Hashim Thaci, acusó a RTK de posicionamiento en su contra y a favor de su principal rival, Rugosa, solicitando la intervención de la OSCE. Cuando la administración de la

¹⁵⁴ *Ibid*, p. 37.

OSCE pidió las grabaciones del telediario en cuestión para proceder a su evaluación, la emisora alegó que ya se había borrado el archivo de la semana anterior¹⁵⁵.

Mucho antes de que la administración internacional en Kosovo pudiera poner en marcha las emisiones de RTK, numerosas emisoras locales de radio empezaron a transmitir. Estas emisiones de radio y televisión no reguladas ocasionaron graves tensiones interétnicas, en una atmósfera de postguerra que hacía todavía muy tensas las relaciones entre los serbios y los albaneses de la región¹⁵⁶.

En un esfuerzo por traer algo de orden a las emisiones, el TMC estableció un sistema de licencias de emisión. Pero en estas circunstancias, al comienzo del año 2000, se daba la interesante paradoja de que los mismos periodistas kosovares que habían criticado la actitud “neocolonial” de la OSCE hacia los medios por establecer unas reglas de juego mediático, ahora criticaban todavía más duramente a la OSCE por no haber regulado y legalizado con rapidez y claridad el ámbito de estos medios locales beligerantes¹⁵⁷.

Sullivan concluye muy acertadamente que, en general, la situación de los medios de comunicación en el Kosovo del postconflicto ha sido bastante sombría y que la comunidad internacional no solo ha estado lenta de reflejos

¹⁵⁵ THOMPSON, M., “Forging Peace”, cit., n. 9, p. 68-69.

¹⁵⁶ Sullivan destaca uno de estos episodios de tensión cuando la *Kosova Protection Force*, sucesor de la KLA, pidió a las estaciones de radio que informaran sobre un boicot a los productos serbios. Muchas de las estaciones empezaron a emitir canciones nacionalistas y llamaron a los albaneses a la venganza contra sus vecinos serbios. En la ciudad de Gnjilane (Gjilan en albanés), *Radio Gjilan* comenzó a lanzar mensajes tan incendiarios que las tropas americanas de la KFOR se vieron obligadas a cortar la electricidad de la estación y arrestaron a casi todo su personal. (SULLIVAN, S., “The case studies: Kosovo”, cit., pp. 39-40)

¹⁵⁷ Thompson, M., *op. cit.* n. 9, p. 91.

frente a esta situación, sino que parecía incluso empeñada, como ya apuntamos, en repetir los errores tristemente cometidos en Bosnia¹⁵⁸.

5.4. El papel de los medios en la ‘crisis’ de marzo de 2004

Cinco años después del final del conflicto, la OSCE detectó tres problemas fundamentales que afectaban a la situación de los medios en Kosovo: falta de pluralismo, parcialidad en la información y fracaso de los medios con carácter público¹⁵⁹. Cada uno de ellos por separado y, especialmente, la combinación de los tres, durante los trágicos sucesos de marzo de 2004, contribuyeron a asestar un golpe mortal a la supuesta independencia de los medios autóctonos y a su credibilidad. La desafortunada intervención de los medios significó un gran retroceso para la paz y la coexistencia democrática entre las diversas etnias en Kosovo.

Como es sabido, entre el 17 y el 19 de marzo de 2004, decenas de miles de jóvenes albaneses se enfrentaron violentamente a las fuerzas de seguridad y a los residentes serbios de diversas ciudades, a causa del asesinato de tres niños albaneses, supuestamente cometido por serbios nacionalistas con motivaciones étnicas. Lo que siguió fue el peor episodio de violencia en Kosovo desde la guerra en 1999. Los medios jugaron un papel determinante en este incidente, instigando indirectamente a la violencia a través de informaciones temerarias y sensacionalistas, cargadas de reivindicación nacionalista y actitud hostil, aceptando el estereotipo del “serbio-agresor-sanguinario-delincuente” y sin fundamento de ninguna clase. Tales eventos podrían haberse desarrollado

¹⁵⁸ SULLIVAN, S., “The case studies: Kosovo”, cit., p. 40. Sullivan incluso defiende que el mandato de la OSCE debería haber sido reforzado en vez de limitado.

¹⁵⁹ OSCE, Statement on the March 2004 Kosovo Events at the Permanent Council of 1 April 2004. http://www1.osce.org/documents/rfm/2004/04/2854_en.pdf

de manera bien distinta, podrían no haber alcanzado tal intensidad y nivel de brutalidad o, incluso, podrían haberse evitado, con tal de que los medios hubieran atendido a un mínimo de prudencia, en medio de una sociedad en permanente crispación étnica¹⁶⁰.

El incidente se desencadenó a raíz de los reportajes televisivos, emitidos en la noche del 16 de marzo de 2004, que hicieron creer a la población que el fatal ahogamiento de tres niños albanokosovares en el río Iber había sido el resultado de un crimen con motivación étnica. Por otra parte, al informar sobre las manifestaciones contra los arrestos y el enjuiciamiento de varios exoficiales de la KLA, “los medios ofrecieron un relato con muchísima influencia en cualquiera que no tuviera ni idea de lo que estaba ocurriendo y daba a entender que había llegado la hora de que todo el mundo se rebelara contra los serbios”¹⁶¹.

Pero, la tensión creada por las informaciones sesgadas del 16 de marzo solo fue un preludio de la descarada incitación a la violencia promovida por los medios el día 17. Al tiempo que los actos de violencia comenzaban, todos los canales televisivos alteraron su programación para incluir retransmisiones en directo desde los escenarios en los que se verificaban los actos violentos. Las noticias sobre el ahogamiento de los niños iban acompañadas por imágenes y reportajes sobre las protestas agresivas que habían empezado en Mitrovika y que provocaron su extensión al resto de ciudades de Kosovo¹⁶².

¹⁶⁰ HARASZTI, M., “Report on the Role of the Media in the March 2004 Events in Kosovo”, en OSCE Representative on Freedom of the Media, *Freedom and Responsibility: 2004 yearbook of the Representative on Freedom of the Media*, OSCE, 2005, p. 168.

¹⁶¹ *Ibíd.*, p. 173, citando a Matoshi.

¹⁶² HARASZTI, M., “Report on the Role of the Media in the March 2004 Events in Kosovo”, cit., p. 179.

Los medios audiovisuales en Kosovo inyectaron –en una situación ya dominada por el miedo, el prejuicio y la incertidumbre: a) una información sensacionalista sobre un trágico suceso cuyas víctimas eran niños inocentes; b) una información parcial sobre la actuación represiva e injusta de la UNMIK sobre los patriotas “liberadores”; y c) una información falsa sobre el boicot de las principales carreteras de Kosovo por los serbios rebeldes¹⁶³.

La totalidad de los medios audiovisuales difundieron inaceptables proclamas de sentimiento “patriótico”, falsamente exaltado y manipulado, proclive al prejuicio y al odio. Afortunadamente, la mayoría de los medios escritos, con alguna excepción, dieron muestra de una actitud más constructiva. Las editoriales y la mayoría de los artículos en los diarios *Koha*, *Ditore* y *Zeri* incluso ayudaron a suavizar las tensiones. En todo caso, estos sucesos pusieron en evidencia la falta de relación y mutua confianza entre los responsables de comunicación de la UNMIK y los periodistas locales¹⁶⁴.

Obviamente, los medios no pueden generar sentimientos de hostilidad étnica de un día para otro. Por el contrario, lo que suelen hacer es reforzar los estereotipos y animadversiones ya existentes o previamente generados. Como afirma Haraszti, lo realmente preocupante fue la naturaleza claramente anti-serbia y, en ocasiones, anti-UNMIK de las informaciones que dominaron las pantallas de televisión. Los medios hicieron muy poco, o más bien nada, para calmar la situación. Al contrario, la forma en que se realizaban las entrevistas, su contenido y el sectarismo a la hora de emitir las declaraciones, siempre en el mismo sentido, nunca podrían ser descritos, ni remotamente, como el trabajo profesional de un periodista. De hecho, la naturaleza de la mayoría de las entrevistas y algunos de los reportajes elaborados por los corresponsales

¹⁶³ *Ibid*, p. 172.

¹⁶⁴ Ilustrado por el hecho de que los medios decidieron ignorar las instrucciones de la UNMIK y de la Policía de la ONU.

fueron posteriormente calificados como un caso claro de incitación a la violencia étnica¹⁶⁵.

A la vista de estos acontecimientos, uno debería preguntarse si la intervención activa de los medios de comunicación en la generación de un escenario de violencia étnica indiscriminada representó simplemente un error accidental o se trató, en realidad, de una orientación siempre latente en ellos, que se multiplicó como consecuencia de unos sucesos trágicos.

6. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN KOSOVO TRAS LOS INCIDENTES DE 2004

Cuando el Primer Ministro de Kosovo, Ramush Haradinaj, fue imputado por el *Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia*, el 8 de marzo de 2005, la comunidad internacional temió que este pudiera ser el detonante para la repetición de los sucesos violentos que acabamos de describir y de los que, apenas, habían transcurrido un año. En esta ocasión, sin embargo, no hubo incidentes y reinó la calma.

¿Qué fue diferente esta vez? Hay, probablemente, muchas respuestas a esta pregunta. En primer lugar, un hecho fundamental: el mismo Primer Ministro llamó expresamente a la calma y pidió a todo el mundo que se abstuviera de las acciones violentas. Pero, junto a esto, lo definitivo radicó en que los medios de comunicación kosovares evitaron todo tipo de informaciones teñidas de sentimiento patriótico ofendido, de confabulación serbia, o de represión étnica. De manera sorprendente, en un ejercicio de profesionalidad nada fácil de

¹⁶⁵ Para observar algunos ejemplos de dichas entrevistas, *ibid*, p. 180-182.

realizar, dieron plena cobertura a esta trascendente noticia con la objetividad necesaria, sin emitir informaciones que pudieran exacerbar las tensiones y crear una atmósfera de violencia o agitación de masas. Los medios actuaron de forma tan contenida que fueron incluso acusados de pasividad y de haber quitado al acontecimiento la importancia debida¹⁶⁶.

¿Significa esto que los medios han madurado como consecuencia de los sucesos de marzo de 2004? En un principio, podríamos pensar que así ha sucedido. La violencia de esos días y, muy especialmente, las reacciones del *Representative on Freedom of the Media* de la OSCE (RFOM) y del TMC en Kosovo, provocaron un intenso debate entre los propios profesionales kosovares que culminó en diversas declaraciones formales, realizadas por los responsables de las emisoras de televisión, admitiendo públicamente diversos aspectos impropios de una conducta profesional durante los acontecimientos.

6.1. Reformas de las leyes reguladoras de los medios

Como resultado del *Informe sobre el papel de los medios de comunicación durante los eventos de marzo en Kosovo*, el RFOM de la OSCE nombró a un Representante Especial para Kosovo. Su principal función consistía en poner en marcha las recomendaciones realizadas en este informe sobre los medios. Después de algunos meses de trabajo en cooperación con el TMC y la Misión de la OSCE en Kosovo, casi todas las recomendaciones se habían aplicado o se encontraban en las últimas fases de su implementación¹⁶⁷. Entre las más importantes, cabría mencionar el conjunto de reformas dirigidas al

¹⁶⁶ GASHI, D., "The Media Situation in Kosovo", en *OSCE Representative on Freedom of the Media, Freedom and Responsibility: 2004 yearbook of the Representative on Freedom of the Media*, OSCE, 2005, p. 119.

¹⁶⁷ *Ibid*, p. 120.

funcionamiento de la emisora pública *RTK* y las propuestas de regulación del resto de los medios¹⁶⁸. La comunidad internacional ha querido que en todas las fases estuvieran presentes las asociaciones de medios kosovares y que todos ellos fueran expresamente consultados. Es importante recordar que sin la auto-regulación, hablar de la independencia y de profesionalidad de los medios es una quimera¹⁶⁹.

La denominada *Law on the Independent Media Commission and Broadcasters* fue finalmente aprobada por la Asamblea de Kosovo el 21 de abril de 2005 y promulgada por el SRSG el 8 de Julio de 2005. El 10 de agosto de 2005, se firmó el *Estatuto del Consejo de la Prensa de Kosovo* por los representantes de los medios de comunicación escritos, con el fin de servir como sistema auto-regulador de la prensa. El Consejo de la Prensa fue posteriormente registrado como una organización no gubernamental, en septiembre de 2005, y heredó el papel de la TMC en relación con la prensa escrita. Paralelamente, se creó la *Comisión Independiente de los Medios (IMC)*, dirigida a la supervisión de los medios audiovisuales que sustituyó en este cometido a la TMC. Por su parte, el *Media Appeals Board* tendría la función de estudiar y resolver los recursos contra las decisiones del Consejo de la Prensa y del Consejo de la IMC.

Afortunadamente, apenas tres años después de los trágicos eventos de marzo de 2004, el panorama de los medios en Kosovo ya había evolucionado muy favorablemente. El trabajo de las organizaciones internacionales, instituciones locales y periodistas dio buenos frutos; todos los medios demostraron una gran voluntad de superar y remediar sus deficiencias y, desde entonces, existe un más que aceptable grado de responsabilidad y profesionalidad en la mayoría de ellos.

¹⁶⁸ GASHI, D., "The Media Situation in Kosovo", cit., para ejemplos concretos.

¹⁶⁹ Vid. Article 19, *Conference Report on Freedom and Accountability*, Sarajevo, 28-29 June 2005. <http://www.article19.org/pdfs/conferences/sarajevo-conference-report.pdf>, p. 3.

No obstante, aunque estén asentados los cimientos legales para su buen funcionamiento, la calidad de la mayoría de los medios no ha mejorado demasiado y, con preocupante frecuencia, deben hacer frente a la intimidación y a las amenazas. Por otra parte, conviene recordar que estamos ante una realidad económicamente sostenida por la aportación internacional, por diversas organizaciones de medios y por otras instituciones: si este apoyo financiero faltara o se debilitara, sería muy difícil mantener los criterios y estándares de calidad, seriedad y responsabilidad que acabamos de expresar¹⁷⁰.

6.2. Proyectos de monitorización de los medios por ONGs

Junto con las organizaciones internacionales, bastantes ONGs han estado desarrollando diversos proyectos de monitorización, desde comienzos de los 90, con el fin de ayudar a los medios y a sus profesionales a ir asumiendo progresivamente los principios básicos del pluralismo y la tolerancia en la información y la comunicación. Se trata de una tarea no exenta de dificultades ni de suspicacias por ambas partes¹⁷¹. Y ello es así, como señala Davis,

¹⁷⁰ GASHI, D., "The Media Situation in Kosovo", cit., para un estudio del caso del periódico de nueva creación *Express*. Ha dado ejemplo de un gran nivel de periodismo investigador y profesional, sacando a la luz diversos escándalos y publicando historias que habían sido evitadas en el pasado. Sin embargo, desgraciadamente, el periódico recibe amenazas diarias y sus trabajadores han sido intimidados y atacados.

¹⁷¹ Aunque la relación entre los medios y las ONGs no es siempre fácil (son dirigidas por distintas y, a veces, enfrentadas fuerzas), ambos sectores tienen que trabajar de manera conjunta en las crisis humanitarias. Para un análisis detallado de esta importante y cercana (si bien en ocasiones contradictoria) relación: RELLEEN, K.E., *Media Relations in Humanitarian Crises: Challenges for Non-Governmental Organisations (NGOs)*, University of Leeds, Institute of Communication Studies, MA International Communications 2003/2004. http://ics.leeds.ac.uk/pg-study/mashow/files/Kathy_Relleen.doc

porque los extranjeros nunca tendrán el mismo nivel de comprensión de la realidad de Kosovo que un periodista local. Al no formar parte de esa sociedad, tampoco tendrán el grado de compromiso que sí tiene el periodista local. Y, finalmente, desde una perspectiva estrictamente informativa, los medios locales, por su propia definición, siempre tendrán una cercanía, inmediatez, conocimiento y profundidad que jamás podrán igualar las organizaciones internacionales, de manera muy especial a la hora de detectar las posibles crisis y a la hora de informar sobre los distintos elementos de un conflicto en desarrollo”¹⁷².

No procede extenderse aquí en la enumeración y análisis de todos los proyectos y programas que se han llevado a cabo en este ámbito. Me limitaré a mencionar tres de los ejemplos más significativos:

- *International Helsinki Federation (IHF)*, desde 2004, lleva a cabo una amplia monitorización de la prensa y medios audiovisuales, para detectar la presencia del *hate speech*. El programa pretende dotar a las organizaciones no gubernamentales autóctonas, relacionadas con la defensa de los derechos humanos, de los instrumentos y mecanismos indispensables para supervisar, identificar, sistematizar y comprender el *hate speech* y para concienciar a la población sobre relación del *hate speech* con la intolerancia, la hostilidad y el conflicto étnico potencial. Junto a esto, los responsables del programa redactan informes anuales en los que se detallan los casos específicos detectados de *hate speech* y sus propuestas de actuación al respecto¹⁷³.

¹⁷² DAVIS, A. (Ed.), *Regional Media in Conflict*, cit., p. 8.

¹⁷³ Vid. <http://www.ihf-hr.org>

- El *Institute for War and Peace Reporting* (IWPR) de Londres, es una organización internacional orientada a la promoción de los medios de comunicación y la formación gratuita de sus profesionales. Desde 1998 hasta el comienzo de los ataques aéreos en Yugoslavia, desarrolló un extenso y amplio proyecto de monitorización de los medios *in situ*, analizando el *hate speech*, la formación de los periodistas autóctonos y la orientación ideológica de los medios yugoslavos. En su informe de evaluación del conflicto de Kosovo, han quedado perfectamente documentados los excesos mediáticos, y los supuestos más palmarios de información sectaria e infundada¹⁷⁴.

- El *NYU Center for War, Peace and the News*, desde 1997, ha estado desarrollando en Kosovo un importante programa denominado *Media and Conflict Program*, con el que se pretende prevenir, controlar y resolver los conflictos étnico-nacionales, religiosos y raciales, utilizando para ello una estrategia global de coordinación y supervisión de los contenidos publicados y emitidos por los medios de comunicación y la promoción de compromisos al respecto entre esos medios y los líderes políticos y sociales¹⁷⁵.

Se han desarrollado también otro tipo de programas, como el *Press Now e Internews*, dirigido a formar a periodistas radiofónicos locales sobre el modo de cubrir procesos electorales¹⁷⁶; o también, el *Balkan Media Resource Center*, creado por el *IWPR*, poniendo en marcha el proveedor de Internet IPKO (con

¹⁷⁴ DAVIS, A. (Ed.), *Regional Media in Conflict*, cit., p. 5-6. Vid. <http://www.iwpr.net>

¹⁷⁵ Vid. <http://www.nyu.edu/cwpnm/index.html>

¹⁷⁶ Vid. <http://www.internews.org>

una beca de la *Ford Foundation*) y que ofrece acceso gratuito a Internet a todos los periodistas que investigan e informan en Pristina¹⁷⁷.

En todo caso, a pesar de que las ONGs han elaborado excelentes informes objetivos sobre la situación real de los medios en la región y han prestado una apreciable ayuda y apoyo a los profesionales, su papel ha sido muy limitado; por una parte, porque han carecido de los recursos materiales necesarios y, por otra parte, debido a que las suspicacias de los medios locales y su resistencia a ser “supervisados”, ha diluido la eficacia del proceso de monitorización, y ha dificultado que las autoridades se atrevieran a imponer las recomendaciones realizadas por las ONGs para resolver los problemas estructurales que sufren esos medios¹⁷⁸.

7. LOS MEDIOS Y SU APORTACIÓN A LA PAZ. PARADOJAS Y CONCLUSIONES

Como dicta el sentido común y acertadamente afirma Mazowiecki, “si no somos capaces de acabar con las continuas incitaciones al odio que a diario se verifican en la zona, nunca será posible encontrar una solución para la crisis de la ex-Yugoslavia”¹⁷⁹. Ahora bien, si tales incitaciones son recogidas diariamente por los medios de comunicación, ¿qué debemos hacer frente a ello: censurar los medios? Esa es la pregunta fundamental que Ivanko brillantemente formula: ¿prohibimos el *hate speech*, censurando los medios de comunicación o lo dejamos nadar en sus columnas?; ¿cuestionamos el principio básico de

¹⁷⁷ Vid. <http://www.iwpr.net>

¹⁷⁸ THOMPSON, M., *Forging war*, cit., n. 53, p. 3.

¹⁷⁹ Mazowiecki, citado en THOMPSON, M., *Forging war*, cit., nº 53, p. 75.

libertad de información y nos empeñamos en prohibir, o confiamos en que la libertad del informador y del oyente o lector es sagrada, aunque tenga como consecuencia más muertes y más odio? El *hate speech* tiene la virtud, suficientemente probada, de convertir a seres humanos razonables en animales salvajes: ¿es esta una razón lo suficientemente sólida como para prohibirlo? ¿O, quizás, no lo es?¹⁸⁰

7.1. ¿Se debe prohibir el '*hate speech*' en los medios?

En efecto, la situación de Kosovo presenta, con toda su crudeza, una complicada paradoja y una gran dificultad para la toma de decisiones al respecto. A nadie se escapa que la propia naturaleza de los medios de comunicación, cuya esencia es la libertad informativa y la independencia de todo control político, impide por principio todo intento de censura o supervisión, sin que desaparezca de inmediato la propia condición de medio informativo. De ahí que, por una cuestión de principio, toda prohibición o supervisión debe teóricamente descartarse. Por otra parte, en muchas ocasiones, existe una dificultad real para identificar este discurso con claridad, sobre todo cuando no se realiza de manera grosera y palmaria (y en esto los medios han aprendido mucho a la hora de disfrazar de objetividad lo que resulta claramente sectario). De ahí que, también, una teórica prohibición del *hate speech*, resultaría difícilmente viable en la práctica.

Como se ha demostrado a lo largo de todo el conflicto, en medio de una situación de guerra fratricida, cuyas consecuencias son especialmente crueles por la mayoritaria presencia del odio étnico en la violencia y en los combates,

¹⁸⁰ IVANKO, A., "Hate Speech: To Prosecute or not to Prosecute, that is the Question", en OSCE Representative on Freedom of the Media, *Freedom and Responsibility: 2002/2003 yearbook of the Representative on Freedom of the Media*, OSCE, 2003, p. 115

cuando se presencian situaciones de manifiesta inhumanidad generadas por ese odio, que afectan incluso a mujeres y niños indefensos, no siempre es fácil para un informador ser equilibrado y anteponer sus convicciones de respeto y objetividad, frente una trágica realidad de sangre y odio a tu alrededor. Pero eso mismo, puede llegar a ser incluso más difícil en una situación postconflicto, donde la muerte y la violencia ya no están presentes, pero en la cual, las consecuencias de ambas te persiguen todos los días. En esa situación, afirma Callamard, frecuentemente te planteas: ¿acaso denunciar la violencia injusta y salvajemente cometida es contribuir al odio? ¿Es mejor para un periodista callar y tapar la barbarie por temor a que alguien se indigne o es ésta precisamente su función: evitar que todo se tape y provocar la indignación? ¿Hay que calificar realmente como *hate speech* todo lo que suponga mostrar el rostro y las consecuencias del odio étnico? ¿Es necesario restringir y censurar la realidad?¹⁸¹

Resulta muy difícil responder a estas cuestiones tanto desde un punto de vista teórico como desde un punto de vista práctico. Sí parece claro que nadie hoy se atrevería (y menos bajo la hegemonía de lo *políticamente correcto*) a justificar una intervención en los medios, aunque fuera solo indirecta y en beneficio de la paz. De ahí que, en última instancia, debamos apostar porque sean los propios medios de comunicación –a través del compromiso ético de sus propietarios y de sus profesionales– quienes se auto impongan un compromiso con la objetividad y con el respeto a la dignidad de todo ser humano, con independencia de su ideología y su origen étnico. De lo contrario,

¹⁸¹ Para un análisis sobre el conflicto entre libertad de expresión y prohibición del *hate speech*, vid. CALLAMARD, A., "Striking the right balance", en *Words & Deeds: Incitement, hate speech & the right to free expression*, Index on Censorship for the EU NGO Forum, London, December 2005.

todo intento de imponerlo a través de instituciones externas, constituirá un estrepitoso fracaso.

7.2. ¿Juegan los medios un papel relevante en la *solución* de conflictos?

Con frecuencia se suele repetir el tópico de que los medios de comunicación son semejantes a una espada de doble filo: pueden actuar como el arma más mortífera cuando propagan mensajes de intolerancia, manipulando y exaltando los sentimientos del público; pero también pueden contribuir a la resolución de conflictos, cuando difunden informaciones objetivas, fiables, respetuosas con los derechos humanos y representativas de los distintos puntos de vista en liza; cuando se promueven elecciones realmente libres, ofreciendo la información necesaria e indispensable, y cuando se apuesta por estructuras realmente democráticas y no partidistas. Este tipo de medios de comunicación contribuyen, de manera decisiva, a la minimización de los conflictos y promueven la seguridad humana¹⁸².

Pero, más allá del tópico, ¿pueden realmente los medios de comunicación autóctonos desempeñar este papel pacificador en un conflicto tan endiabrado, con tan profundas raíces religiosas y étnicas, como el conflicto de Kosovo?

Por un lado, y resulta obvio decirlo, nos encontramos en un contexto social y político radicalmente diverso al de la Europa occidental, cuya realidad es básicamente homogénea en lo étnico y en lo religioso. En las sociedades occidentales, las fuerzas de mercado y la independencia de los medios suelen cumplir una función integradora y normalizadora de la pluriculturalidad sobrevenida a partir del fenómeno migratorio; es decir, tienden a esbozar

¹⁸² HOWARD, R., "Le rôle des médias dans la consolidation de la paix – cadre opérationnel", *Institute for Media, Policy and Civil Society*, Vancouver, 2002, p. 5.

positivamente la realidad de una sociedad pluricultural y pluriétnica, y a presentarla como una riqueza en lo cultural y en lo material; que, aun generando problemas, es un futuro deseable que puede funcionar bien y, de hecho, ya funciona bien. Sin embargo, este presupuesto de aceptación positiva de la pluralidad no rige, en absoluto, en la región de los Balcanes.

Por otro lado, la población de los Balcanes y la peculiaridad de su asentamiento territorial exige para su comprensión un profundo conocimiento histórico, cultural y religioso. Durante siglos ha afrontado complejas divisiones, invasiones, guerras y conflictos étnicos y religiosos de todo tipo, que han dado lugar a una de las zonas con más alto índice de conflictividad bélica de todo el planeta, junto con Palestina. En este intrincado contexto étnico religioso, los medios de comunicación nunca en su historia han pretendido servir de instrumentos para el diálogo o la disensión. Por el contrario, siempre han sido instrumentos para la defensa de ideas partidistas y para la propaganda de la comunidad étnica con las que se comulga. En efecto, en un contexto de odio, en el que los ‘consumidores’ de la información ofrecida por los medios no son ‘ciudadanos’ sino ‘*combatientes*’, la imparcialidad y la objetividad de la información carecen por completo de importancia y esta tiende a convertirse en propaganda. En este sentido, la clásica máxima de *Voltaire* adquiere toda su vigencia: “cuando odias a alguien, solo quieres escuchar cosas horribles sobre él”.

Nadie cuestiona que la existencia de medios de comunicación, libres e independientes, es esencial para conseguir una solución pacífica del conflicto en la ex-Yugoslavia y para construir los cimientos básicos de la confianza y la tolerancia mutua entre los grupos étnicos y entre las facciones políticas opuestas. Asimismo, la existencia de estos medios independientes se presenta también como una precondition crucial para la democratización de la zona y

para la posible celebración de unas auténticas elecciones libres. Sin embargo, lo que ya no resulta tan evidente es que los medios, actualmente presentes en los Balcanes, estén en condiciones de desempeñar un papel determinante en la solución del conflicto y en la eliminación del odio mutuo étnico y religioso. Quizás, como ya hemos apuntado, el objetivo tenga que ser menos ambicioso pero más realista: exigirles un compromiso de autorregulación y unas exigencias éticas que excluyan por completo el *hate speech* de sus páginas, ondas o pantallas.

Por otra parte, aunque existe un consenso general sobre la extraordinaria capacidad de los medios para promover la violencia, son muchos los expertos que se muestran escépticos frente a un hipotético papel de los medios en la resolución de este conflicto o de cualquier otro¹⁸³. En efecto, intentar un posible *rol activo* de los medios de comunicación en la solución del conflicto, puede resultar tanto o más contraproducente y peligroso que pretender su pasividad. No pocos consideran que la idea de hacer propaganda activa a favor de la paz resulta tan 'negativa' para el destinatario como hacer propaganda activa a favor de la guerra. En uno y otro caso, de manera más o menos sutil, siempre cabe encontrar elementos de manipulación deliberada, de información sesgada, que no puede justificarse en virtud de la consecución de un buen fin¹⁸⁴. Ciertamente, la frontera entre la manipulación y la lucha mediática a favor de la

¹⁸³ Gowing afirma: "The media's role in the new generation of regional conflict is ambiguous, unclear, and often misconstrued. Journalists and policymakers alike tend to assume that media coverage has an undefined yet pivotal role in helping conflict management or prevention. Frequently, there is an undignified rush to judgment. The instinctive assumptions made by policymakers, diplomats, and the military are often wrong. Their instant, superficial analysis of the media's role is usually skewed by the emotion of anecdotal comments as opposed to rigorous analysis", (GOWING, N., *Media Coverage: Help or Hinderance In Conflict Prevention*, New York, Carnegie Commission on Preventing Deadly Conflict, 1997. <http://wwics.si.edu/subsites/ccpdc/pubs/media/media.htm>)

¹⁸⁴ DAVIS, *Regional Media in Conflict*, cit., p. 8.

paz es muy delgada y quizá sea mejor no arriesgarse a traspasarla. De ahí que el papel de los medios, en este ámbito, como ya se ha dicho, debe ceñirse más bien a la actitud absentiva (evitar el *hate speech*) que a la activa (discriminar la información en beneficio de la paz).

7.2.1. ¿Juegan los medios un papel relevante en la *prevención* de conflictos?

Algunos expertos, como Spicer, sugieren que la información y los medios pueden ser una herramienta esencial para prevenir un conflicto armado¹⁸⁵. En un mundo perfecto, podríamos contemplar cómo cada sociedad emprende una autotransformación hacia la democracia, y admirar cómo surgen medios de comunicación independientes, profesionales y fiables, y cómo se transforman en tales los antiguos medios sectarios y propagandistas. Sin embargo, la realidad es bien distinta: la libertad e independencia de los medios de comunicación no se consigue de hoy para mañana (basta echar un vistazo al panorama de medios en países con larga tradición democrática); antes bien, se trata de un proceso lento y complicado, no exento de retrocesos y con éxitos modestos. No obstante, la actuación de los organismos internacionales puede contribuir a acelerar de alguna manera este proceso. En este sentido, Spicer propone la seria implicación en esta tarea de los sectores públicos y privados de las sociedades occidentales, aportando sus propias experiencias pasadas y los valores que consideramos esenciales en el funcionamiento mediático¹⁸⁶.

¹⁸⁵ SPICER, K., "Peacekeeping: Try words, they come cheaper", cit.

¹⁸⁶ Parte de la solución que ofrece Spicer consiste en un 'Plan Marshall' a largo plazo para ayudar a los medios de las emergentes democracias de la Europa excomunista. Este plan debería cubrir todos los medios de comunicación y cada uno de sus aspectos. Además, Spicer ofrece algunas directrices para implementar en el corto plazo y para reaccionar a tiempo ante una crisis específica: un sistema de "detección precoz" a nivel mundial; el periodismo

Frohart y Temin proponen diversos ámbitos para la intervención de los medios (estructurales, intensivas y de contenido puntual) cuya implementación contribuiría a la prevención de conflictos (en especial, de índole étnica o religiosa). Por ello, animan a la comunidad internacional a emprender, al menos, cuatro tipos de estas intervenciones en sociedades vulnerables, como la balcánica: monitorizar y supervisar los medios; colaboración entre las organizaciones de medios y las organizaciones para la resolución de conflictos; necesidad de promover el apoyo de las donaciones privadas para la formación de profesionales; y la supervisión sistemática del comportamiento de los medios en estas sociedades vulnerables¹⁸⁷.

Como ya dijimos, parece claro aquello que los medios de comunicación no deben hacer (por ejemplo, *hate speech* y propaganda), pero ¿cabe especificar roles concretos que los medios deban desempeñar en la prevención y control de conflictos? Los autores citados han señalado los siguientes¹⁸⁸:

“preventivo”; y, si finalmente la guerra estalla, esfuerzos para detectar y neutralizar la propaganda que la fomenta (*ibid*)

¹⁸⁷ FROHARDT, M. and TEMIN, J., “Use and Abuse of Media in Vulnerable Societies”, Special Report of the United States Institute of Peace, nº 110, October 2003. <http://www.usip.org/pubs/specialreports/sr110.html>. De forma similar, Howard, que describe el impacto del conflicto en los medios y las posibles intervenciones de éstos en el conflicto, destaca 5 tipos de intervención que los medios pueden desarrollar para contribuir a la resolución del conflicto, desde la formación profesional tradicional, hasta la programación con resultados predeterminados, pasando por la intervención activa de los medios (HOWARD, R., “Mediate the conflict”, Keynote to a seminar on the role of the media in peace building, sponsored by The Netherlands Association of Journalists and The Foreign Ministry of the Netherlands, The Hague, February 2002. <http://www.impact.org/files/MediaPrograms/mediateconflict.pdf>

¹⁸⁸ MANOFF, R.K., “Telling the Truth to Peoples at Risk: Some Introductory Thoughts on Media and Conflict” Paper prepared for “The Legitimacy of Intervention for Peace by Foreign Media in a Country in Conflict” sponsored by Foundation Hirondele, July 3-4, 1998. <http://www.bu.edu/globalbeat/pubs/manoff0798.html>; HOWARD, R., “Mediate the conflict”, cit.,

- ser canal de comunicación entre las partes implicadas;
- cumplir una tarea educativa en el respeto y la tolerancia;
- creación de atmósfera de confianza (*confidence-building*);
- ofrecer elementos de análisis para establecer las causas del conflicto;
- identificación de los intereses subyacentes en el conflicto;
- promover el equilibrio de poder;
- contextualizar y definir el conflicto;
- aportar posibles soluciones para ser debatidas.

En cualquier caso, los planes de intervención mediática activa deben manejarse con mucha prudencia para que los intentos de democratización de los medios promovidos por la comunidad internacional, no se acaben viendo como una nueva forma de colonialismo para tratar de imponer valores occidentales. Es más, hay muchos elementos que permiten afirmar el papel negativo que para la solución del conflicto representa la amplia y sensacionalista cobertura mediática de los eventos y encuentros diplomáticos entre las partes. Por desgracia, con demasiada frecuencia, durante las discusiones o negociaciones, los protagonistas de las delegaciones diplomáticas sobreactúan para la prensa, radicalizando sus posiciones, agravando con ello los problemas de mediación e impidiendo la creación de una atmósfera de confianza.

Por otra parte, como sabemos, hay que tomar conciencia de que la *independencia* de los medios de comunicación en este contexto es siempre relativa: los esfuerzos internacionales para la reforma de los medios en los

n. 90. *Vid.* también Department for International Development (DFID), *Working with the Media in Conflict and other Emergencies*, 2000. <http://www.dfid.gov.uk/pubs/files/chad-media.pdf>.

Balcanes acaban, frecuentemente, minados por el oportunismo. En general, el pluralismo de los medios es solo una cuestión numérica y los estándares éticos y profesionales de éstos son muy bajos. En efecto, la presencia de muchas estaciones de radio en Kosovo no significa necesariamente que existan múltiples fuentes de información fiables. La falta de profesionales formados, valientes y con talento, capaces de establecer relaciones cercanas con organizaciones de diverso signo en la comunidad, provoca que, con gran frecuencia, las informaciones sigan siendo sectarias y parciales.

En definitiva, debemos ser siempre prudentes para no exagerar demasiado, tanto en situaciones pre- como postconflicto, el papel que los medios de comunicación juegan en la promoción del odio, la violencia, la insurrección contra los gobernantes o el genocidio. Centrarse demasiado en los medios comporta el peligro de ignorar otros aspectos de la agitación de masas, quizá tanto o más eficaces, aunque menos visibles, pero igualmente significativos a la hora de provocar la acción.

Terminamos suscribiendo el pensamiento de Gowing: “la respuesta más correcta a la pregunta ¿cuál es el papel de los medios en la prevención de conflictos?, es esta: la invisibilidad”¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Gowing se refiere al Alto Comisionado de la OSCE para Minorías Nacionales, quien opina que la diplomacia prudente, desde el ‘back-stage’, es el mejor y más efectivo método para la prevención del conflicto. ¿Cuántos conflictos se han evitado gracias a los esfuerzos del Alto Comisionado sin que ni siquiera se hayan mencionado en los medios? (GOWING, *Media Coverage...*, cit.)

8. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Todas las sociedades –explica Nussbaum– están llenas de emociones, tanto las que nutren las decisiones individuales de sus ciudadanos, como las que determinan los principios políticos que fundamentan el modelo y la acción pública del Estado. Emociones como la ira, el miedo, la simpatía, el asco, la envidia, la culpa y las múltiples formas de amor resultan cruciales en la configuración de la identidad de los ciudadanos y en su percepción del vínculo social y político con una colectividad entendida como ‘nación’. En efecto, el modo de entender la nación, los objetivos de la nación, sus instituciones y sus dirigentes, su geografía, y el vínculo con sus conciudadanos, como habitantes con los que se comparte un espacio público común, están absolutamente determinados por el género de emociones que se comparten. Incluso los rasgos geográficos propios de un país sirven para suscitar emociones que vinculan al sujeto con su nación, identificada como su ‘tierra’.

Los grandes poetas, escritores o políticos que han pasado a la historia de las diversas naciones son aquellos que han sabido expresar y canalizar los sentimientos de amor apasionado, orgullo y aflicción por su nación que todo ciudadano alberga en su interior y que constituyen el núcleo de su vinculación con ella. Solo una vinculación emotiva de los ciudadanos entre sí y de estos con una entidad que los trasciende transforma a una comunidad política, una nación, en ‘*la patria*’. Así pues, el ‘*patriotismo*’ –como afirma Arlotti– constituye una virtud cívica que vincula emocionalmente al ciudadano con su patria, que está fundamentada sobre el valor de la ‘lealtad’ y que impulsa al ‘patriota’ a realizar sacrificios altruistas por la patria. No cabe hablar de patriotismo si no existe una identificación emocional con la propia nación y una preocupación real por la existencia y el bienestar de la propia nación.

Todas las emociones públicas, que suelen ser muy intensas en determinados periodos y ante determinadas situaciones, tienen consecuencias a gran escala para definir y conseguir los objetivos sociales y políticos de una nación. Las emociones pueden suscitar en los ciudadanos la decisión de luchar por alcanzar objetivos de igualdad, bienestar, inclusión, tolerancia, etc., pero también pueden hacer descarrilar esa lucha, introduciendo o reforzando divisiones, exclusiones y formas diversas de egoísmo e insolidaridad. Con frecuencia, suponemos que solo las sociedades fascistas o fundamentalistas son intensamente emocionales y que sus líderes se valen de la exaltación de las emociones para mantenerse en el poder y perpetuar un control autoritario sobre los ciudadanos. Más aún. Solemos pensar que apelar a las emociones públicas es propio de mentalidades exaltadas cuya deriva siempre está cercana a los liderazgos autoritarios o dictatoriales, y que las sociedades liberales y democráticas lo que deben fomentar es una deliberación racional sobre sus objetivos lo más alejado posible de cualquier veleidad emocional. Como ha subrayado Nussbaum, esas suposiciones son tan erróneas como peligrosas. Son erróneas porque toda sociedad necesita que sus ciudadanos sientan una vinculación lo más intensa posible con los valores sobre los cuales se fundamenta. Precisamente, para que, en épocas de convulsión o crisis, sean capaces de realizar verdaderos sacrificios para mantener esos valores. En todas las sociedades deben estar presentes sentimientos como la compasión ante el sufrimiento de los más desfavorecidos, la indignación ante la injusticia, la negativa consideración de la envidia o la simpatía inclusiva ante el diferente. Los grandes líderes históricos entendieron muy bien la necesidad de tocar los corazones de la ciudadanía y de inspirar emociones fuertes dirigidas hacia la labor común que había que construir. El proceso de gestación de la Unión Europea constituye el gran paradigma de lo que acabamos de exponer.

Todos los principios políticos, tanto los buenos como los malos, precisan para su materialización y su supervivencia de un apoyo emocional que les procure estabilidad a lo largo del tiempo, la cuestión fundamental radica en cómo cultivar y fomentar los sentimientos apropiados de simpatía y amor para proteger a las sociedades frente a los sentimientos perversos de 'asco' y 'odio' que generan la división, la exclusión y, en último extremo, la violencia. Esta tarea es una de las más importantes que debe acometer cualquier liderazgo político, dado que la mayoría de las personas tienden a ser muy limitadas y cicateras en el ámbito de su simpatía y suele olvidarse de las necesidades y aspiraciones de quienes se sitúan fuera de su reducido círculo. Esto significa que, si las emociones que tienen por objeto la nación y los objetivos de esta no impulsan constantemente a que los ciudadanos piensen con mayor amplitud de miras y se comprometan con un bien común general inclusivo, entonces las emociones perversas de corte narcisista y excluyente fácilmente brotan y crecen con tal de que apenas alguien las agite. Mantener bajo control ciertas fuerzas disgregadoras y excluyentes, que acechan en todas las sociedades (porque siempre están latentes en el fondo de todas las personas), resulta imperativo para evitar gravísimos daños. Y un ejemplo paradigmático en este sentido es lo acontecido en el proceso de disgregación de la ex Yugoslavia y la terrible guerra provocada por la exaltación de esas emociones perversas de 'asco' y 'odio' a las que hemos aludido.

La irresponsabilidad histórica de los líderes balcánicos radica en su perversa manipulación de las emociones públicas. En la nefasta manipulación del vínculo emotivo con la patria para identificarlo con la adhesión a un proyecto nacionalista etnicista, excluyente, fundamentado en mitos históricos irreales y en supuestas humillaciones históricas inexistentes. Bosnia era la patria de los musulmanes bosnios como lo era, en el mismo sentido e intensidad, de los serbios bosnios o de la minoría croata. Y en la misma medida, Kosovo era la

patria de los albanokosovares, en el mismo sentido e intensidad que lo era de los serbios.

Esa manipulación emocional, como hemos visto, adquirió una singular intensidad porque se produjo a través de un instrumento singular: los medios de comunicación y el recurso masivo al *hate speech* (el discurso del odio). En efecto, todavía hoy resulta desconcertante el modo que los medios asumieron un papel propagandístico al servicio de las causas nacionalistas excluyentes de cada bando. Sorprende la frialdad despiadada con la que se prestaron a difundir falsedades históricas, a demonizar al que hasta entonces era vecino y compatriota convirtiéndolo en un enemigo sanguinario y a generar y difundir odio sin un atisbo de moderación y de crítica.

Esta realidad, tal y como la hemos analizado en la situación de Kosovo, presente y todavía presenta hoy con toda su crudeza (véase Crimea, por ejemplo) una complicada paradoja y una gran dificultad para la toma de decisiones al respecto. ¿Deben controlarse (o incluso censurarse) los medios ante situaciones de conflicto para evitar que sean instrumentos del 'discurso del odio'?

A nadie escapa que la propia naturaleza de los medios de comunicación, cuya esencia es la libertad informativa y la independencia de todo control político, impide por principio todo intento de censura o supervisión, para evitar que se desvirtúe de inmediato la esencia propia de un medio informativo. De ahí que, por una cuestión de principio, toda prohibición o supervisión debería teóricamente descartarse. Por otra parte, en muchas ocasiones, no es fácil identificar y calificar con claridad una información como '*hate speech*', sobre todo cuando no se realiza de manera grosera y evidente (y en esto los medios se han sofisticado mucho a la hora de disfrazar de objetividad lo que resulta claramente sectario). De ahí que, también, una teórica prohibición del *hate*

speech, resultaría difícilmente viable en la práctica, sin despertar todo tipo de sospechas de parcialidad o arbitrariedad en las decisiones que se tomen al respecto.

La realidad es que, cuando nos encontramos en medio de una situación de guerra fratricida, cuyas consecuencias son especialmente crueles por la agitación de los sentimientos de odio étnico y religioso que se manifiesta en la violencia de los combates y en las brutalidades cometidas contra la población civil, y cuando se contemplan esas situaciones de manifiesta inhumanidad generadas por el odio, que afectan incluso a mujeres y niños indefensos, no siempre es fácil para un informador ser equilibrado y anteponer sus convicciones de respeto y objetividad, frente la trágica realidad que se contempla a su alrededor. Y la contemplación de las atrocidades cometidas, pueden hacer incluso más difícil esa objetividad y desapasionamiento en una situación de postconflicto, donde la muerte y la violencia ya no se producen, pero en la cual, las consecuencias de ambas están presentes todos los días. En esa situación, surgen todas las preguntas que, al igual que un contexto de emotividad colectiva, inciden sobre la emotividad de propio periodista: ¿acaso denunciar la violencia injusta y salvajemente cometida es contribuir al odio? ¿Es mejor para un periodista callar y ocultar la barbarie cometida por temor a que alguien –o muchos- se indignen y generen todavía más odio, o es ésta precisamente la función del periodista: evitar que todo se tape y provocar la indignación? ¿Hay que calificar realmente como *hate speech* todo lo que suponga mostrar el rostro y las consecuencias del odio étnico? ¿Es necesario restringir y censurar la realidad?

Como hemos visto, resulta difícil responder a estas cuestiones tanto desde un punto de vista teórico como desde el punto de vista práctico. Sí parece claro que nadie hoy se atrevería (y menos aún bajo la hegemonía de lo políticamente

correcto) a justificar una intervención de los medios, aunque fuera solo indirecta y en beneficio de la paz. De ahí que, en última instancia, solo cabe confiar en que sean los propios medios de comunicación –a través del compromiso ético de sus propietarios y de sus profesionales– quienes se auto impongan un vínculo emotivo con la verdad y con el respeto a la dignidad de todo ser humano, con independencia de su ideología política o religiosa y su origen étnico. Lo que ha demostrado la trágica manipulación de las emociones que los medios de comunicación realizaron durante el conflicto balcánico es algo evidente: no se trata de asumir un papel neutral (que por otra parte resulta ficticio o impostado), se trata de todo lo contrario: se trata de fomentar siempre, y muy especialmente, en situaciones de conflicto, las emociones positivas de simpatía, inclusión y solidaridad, que impulsen a quienes comparten espacio con otros a sentirse vinculados entre sí en torno a valores básicos de paz, justicia e igualdad.

En el capítulo 2 de la obra a la que nos hemos remitido abundantemente aquí '*Emociones políticas*', Martha Nussbaum arranca con una muy sugerente y profunda interpretación de lo que buscaron W. A. Mozart y Lorenzo da Ponte con su ópera '*Las bodas de Fígaro*' (1786). El argumento está basado en una obra dramática, del mismo título, escrita por Beaumarchais y que suele considerarse como uno de los grandes factores precursores de la Revolución francesa. La ópera describe la transición desde el feudalismo hacia la democracia de un modo tal –afirma Nussbaum– que otorga una importancia central a la construcción de sentimientos. Beaumarchais insinuó que el problema del 'antiguo régimen' era institucional y, hasta cierto punto, bastante sencillo de resolver: bastaba con derrocar la autoridad feudal y dar la bienvenida, a través de un cambio en las instituciones políticas, a una nueva sociedad de igualdad. Nussbaum sostiene que la visión que transmite la ópera es muy distinta de la de Beaumarchais, por eso considera que la ópera (y no

solo su ingenioso libreto, sino también la expresión musical de esas ideas, que, en ciertos aspectos clave, va más allá del propio libreto) debería ser considerada un texto filosófico formativo en el entonces incipiente debate sobre las nuevas formas de cultura pública.

Al centrarse en los sentimientos y en el papel de las mujeres, la temática de la ópera se ha entendido habitualmente reducida al ámbito de lo doméstico y no al de la política. Pero, en opinión de Nussbaum, no solo es una obra política, sino que su enfoque es absolutamente correcto y acertado: “el ‘nuevo orden’ no podrá ser estable si no se producen también cambios revolucionarios en el *corazón* de las personas, entre los que se incluyen tanto la adopción de nuevas normas en los roles de género masculino y femenino, como una nueva concepción del ciudadano que rompa contundentemente con las normas masculinas del *ancien régime*”. Para Nussbaum, las ideas que emergen de esa ópera están, en ciertos sentidos, muy avanzadas (años luz) a su tiempo, pero ya se respiraban en el ambiente durante aquella época de agitación y son antecedentes de un tipo de liberalismo desarrollado posteriormente por John Stuart Mill.

Nussbaum aclara que no procede proponer la ópera como mecanismo de fomento de las emociones públicas correctas (aunque podría servir para quienes la aman), entre otras cosas, porque la ópera no es hoy en día lo suficientemente inclusiva como para que se pueda esperar de ella que implante sus propios valores a gran escala (al igual que sucede con los escritos de los filósofos). No obstante, el mensaje de esta ópera sí resulta una guía perfecta para establecer una correcta relación entre las emociones políticas y quienes tienen el gran poder para suscitarlas, mantenerlas y difundirlas: las sociedades progresarán si los medios fomentan aquellas emociones que consiguen

cambiar el corazón de las personas, conduciéndolos desde la desconfianza y el odio hacia la simpatía y el amor por el 'otro'.

CONCLUSIONES GENERALES

Una vez realizado el análisis precedente y teniendo a la vista las conclusiones parciales que hemos ido exponiendo en los capítulos que constituyen esta tesis doctoral, estamos en condiciones de plantear las siguientes conclusiones generales:

PRIMERA

La independencia de Kosovo ha hecho aflorar un singular problema, teórico y práctico, larvado desde la segunda mitad del siglo XX y todavía no resuelto, con repercusiones fundamentales en el ámbito filosófico, jurídico y político: la titularidad, el ejercicio y el alcance de uno de los derechos más reivindicados y controvertidos en el ámbito internacional: el derecho de libre de determinación de los pueblos, más allá de los países sometidos a dominación colonial. En el contexto de la desintegración de la antigua Yugoslavia, las anteriores provincias federadas constituyeron nuevas repúblicas independientes, bien como consecuencia de un conflicto bélico o bien de mutuo acuerdo (como la separación de Serbia y Montenegro). Kosovo, sin embargo, ha sido el único territorio de la antigua federación yugoslava que, estando bajo administración internacional de la ONU tras la intervención de la OTAN en 1996 y teniendo un estatus de provincia federada con la actual república de Serbia, declaró unilateralmente su independencia, contra Serbia y sin la aprobación de la

propia ONU, que todavía mantiene allí su despliegue militar y administrativo. Ante un hecho aparentemente opuesto al principio de integridad territorial, se imponía responder a la pregunta fundamental de todo este proceso: ¿Constituyó la Declaración Unilateral de Independencia (DUI) de Kosovo un ejercicio legítimo del derecho de libre determinación de los pueblos? La Corte Internacional de Justicia, en 2010, eludió pronunciarse sobre la cuestión y la ONU, desde entonces, guarda silencio, pero ha evitado el ingreso de Kosovo en la organización como nuevo Estado, manteniéndolo en un limbo jurídico y corroborando con ello que, en el ámbito internacional, la política prima sobre el Derecho.

SEGUNDA

Para superar el silencio de las instancias internacionales y poder contestar a la cuestión aquí planteada, hemos establecido tres presupuestos básicos en relación con la autodeterminación de los pueblos:

A) Tal y como se ha configurado en el Derecho internacional, estamos indudablemente ante algo más que un principio político (como lo era el principio de las nacionalidades): estamos ante un auténtico derecho, que se encuentra positivado como tal en el ordenamiento jurídico internacional, en especial, en los dos Pactos de Derechos Humanos de 1966 y en las Resoluciones 1514 (XV) y 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas.

B) La formulación que estos textos hacen del derecho de libre determinación de los pueblos no permite establecer un concepto claro del mismo, que esté libre de ambigüedades y que permita establecer el alcance real que estos documentos normativos le otorgan. En particular,

tres son los problemas básicos que concurren en el derecho: en primer lugar, quién es el sujeto titular (problema de la titularidad colectiva de los derechos fundamentales); en segundo lugar, cómo puede materializarse su ejercicio (problema de ausencia de mecanismos en las instancias internacionales y de la unilateralidad del reconocimiento por parte de terceros Estados) y, en tercer lugar, cómo deben solucionarse los conflictos que el ejercicio del derecho plantea frente a uno de los principios estructurales básicos del Derecho internacional que es el principio de integridad territorial de los Estados (problema de la legitimidad de la secesión cuando no hay acuerdo entre las partes).

C) Los tres problemas que acabamos de enumerar son los que paradigmáticamente concurren en la independencia de Kosovo, de cuya respuesta procede deducir si la secesión de Kosovo es consecuencia de un ejercicio legítimo del derecho de libre determinación.

TERCERA

Desde el punto de vista iusfilosófico, el derecho de autodeterminación tiene una gran frontera común con el proceso de especificación de los derechos y con los denominados derechos de la 'tercera generación'. Estamos ante unos derechos de formulación compleja debido a su titularidad colectiva y con problemas para alcanzar un pleno reconocimiento jurídico, debido a su difusa conexión con el núcleo de la dignidad del ser humano. No obstante, para muchos, la autodeterminación de los pueblos podría calificarse como un derecho humano de tercera generación, incluido dentro del proceso de especificación de los derechos. Con él se pretenderían garantizar que determinados bienes básicos constitutivos de la identidad cultural de grupos de personas (lengua, cultura,

religión, etc.) no se vean amenazados o vulnerados por no existir instrumentos políticos y jurídicos capaces de hacerlos efectivos. Ese sería el sentido en el que el artículo 1, tanto del PIDCP como del PIDESC, otorga ese derecho '*a todos los pueblos*'; es decir, a 'todos' aquellos grupos de personas cuyo desarrollo humano pudiera verse menoscabado o dañado por la imposibilidad de desarrollar la propia identidad en el contexto jurídico estatal en el que están integrados. Precisamente por ello, resulta equívoco calificarlo como derecho humano, porque no es absoluto ni incondicional, solo procede reivindicarlo cuando la identidad cultural está en peligro. Y tampoco es un derecho colectivo en esencia, puesto que es la identidad de los individuos del grupo la que debe estar en riesgo para que el grupo reivindique un nuevo estatus político y jurídico.

CUARTA

Lo primario realmente existente es lo individual-concreto, el 'yo individual', si no se acepta este presupuesto ontológico, se distorsiona la posible categorización de los denominados 'sujetos colectivos'. Partiendo de ese presupuesto, los derechos colectivos no pueden tener más sentido último que el de garantizar los derechos individuales. Si no preexistieran los sujetos individuales, no existirían los sujetos colectivos. Es absurdo pensar que haya pueblos o naciones allí donde no hay individuos que los constituyan y los afirmen. Pero también es cierto que la realidad humana va más allá de lo 'individual-concreto'. De ahí que el pleno ejercicio de la autonomía individual se forja siempre en un contexto colectivo. Así pues, dentro de cada sujeto hay que considerar una 'identidad social', constituida por el conjunto de prescripciones y normas comunitarias que componen la tradición en la que se fragua la personalidad: la religión, la lengua, la cultura, la raza, etc. Una 'identidad

moral', constituida por el ámbito social de referencia al que se extiende la responsabilidad moral de la persona (que puede construirse en conflicto con los valores de hábitat o en identificación total o parcial con ellos). Y una 'identidad personal', constituida por el conjunto de condiciones que permiten a un individuo percibir su condición de ser humano igual (y diferente) de los demás. La *identidad personal* identifica al ser humano como individuo de una especie y no como miembro de un grupo dentro de ella. Y esa identidad, que es universal, se manifiesta en la capacidad de todo ser humano de adaptarse a uno u otro entorno, de hablar una u otra lengua, de formar parte de uno u otro grupo y de concebir uno u otro proyecto vital. Por tanto, toda persona puede cambiar de identidad social o moral (ambas son culturales), pero nunca puede perder su identidad como persona (que es ontológica).

QUINTA

Como consecuencia de lo anterior, el reconocimiento político de los grupos humanos no puede prevalecer sobre el reconocimiento de los derechos de las personas, fuera y dentro del grupo. En ningún caso la pretensión de autodeterminación de una etnia o una comunidad nacional, basada en un núcleo cultural o lingüístico, podría legitimar el recurso a ningún tipo de coacción o violencia política sobre las personas que la integran para someterse a un determinado modelo político o social. Otra cosa distinta es que el grupo que aspira a la autodeterminación lo haga porque está en juego la supervivencia de valores básicos de las personas que lo componen, es decir, que esté en juego la expresión plena de su identidad. En definitiva, nada se opone a que quienes pertenecen a una etnia, raza o cultura determinada desarrollen su personalidad fuera de ese entorno cultural. Y nada se opone tampoco a que quienes no pertenezcan a esa etnia o grupo encuentren ahí el

cauce del pleno desarrollo de su personalidad. Esto supone reconocer la *dimensión subjetiva* de las colectividades que exige un voluntario asentimiento de los individuos para integrarse en ellas y, en consecuencia, la prevalencia de los derechos troncales individuales sobre los colectivos.

SEXTA

El derecho de autodeterminación solo puede predicarse de grupos humanos, en la medida en que determinados individuos no puedan alcanzar un desarrollo personal pleno fuera de su integración en un grupo social, de carácter nacional o étnico. Para que un ente colectivo –*los pueblos*– pueda ser titular de este derecho resulta imprescindible que no existan restricciones internas o externas en cuanto a sus miembros; es decir, que cualquier individuo pueda voluntariamente integrarse en un determinado colectivo y que pueda voluntariamente desligarse de él. Para garantizarlo, hay que sostener una *concepción subjetiva* de pueblo. Esto es, excluir las connotaciones étnicas, raciales o identitarias del concepto de ‘pueblo’ y hacer depender la pertenencia a un grupo nacional de criterios puramente volitivos y electivos de los individuos (asumiendo los complicados problemas teóricos y prácticos que esto comporta). De este modo se garantiza la compatibilidad entre el ejercicio efectivo de la autonomía individual y de la que podría denominarse ‘autonomía colectiva’. Debido a nuestra condición de “individuos contextuales” necesitamos del contexto colectivo en el que estamos integrados para identificar y establecer nuestras opciones y preferencias individuales.

SÉPTIMA

Hablar de sujetos 'colectivos' supone afirmar la existencia de grupos de individuos en los que pueden distinguirse los intereses individuales de sus miembros, de aquellos que son propios del grupo en cuanto tal. Es decir, el grupo no puede ser reducido a la suma de sus miembros. Los Estados, las naciones, los pueblos, las regiones, las minorías, las organizaciones internacionales, etc. son sujetos colectivos. Ahora bien, afirmar la existencia de 'derechos colectivos' *strictu sensu* supone afirmar que determinados grupos humanos, como tales, pueden ser 'sujetos de derechos fundamentales'; bien sea desde la 'teoría del interés' (afirmando que los colectivos tienen intereses distintos de los miembros que los componen y, en consecuencia, generan derechos específicos), o bien desde la 'teoría de la voluntad' (afirmando que los colectivos pueden tener voluntad propia, por encima de la de los individuos que los componen). Siempre será complejo a nivel teórico y conflictivo a nivel práctico constatar la existencia de un sujeto colectivo que se titular de derechos fundamentales. En realidad, es la práctica política internacional de los Estados la que acaba calificando a un ente colectivo como sujeto de derechos fundamentales. Un ejemplo paradigmático es el 'pueblo palestino'.

OCTAVA

Más allá de la dificultad de identificar a sujetos colectivos o de acreditar su legítima representación. Más allá de constatar el hecho de la pluriculturalidad y la necesidad de preservar el ámbito cultural, religioso, lingüístico, de referencia de grupos o comunidades de personas, la pregunta esencial que aquí hemos pretendido responder es la siguiente: ¿Existe un derecho a autodeterminarse para preservar identidades culturales específicas? La respuesta, a nuestro

juicio, es clara: sí existe ese derecho, pero es muy dudoso que pueda calificarse como un derecho humano *strictu sensu*, porque ese derecho no puede calificarse como universal, incondicional, absoluto e irrenunciable, sino como hipotético, circunstancial y relativo. De ahí que deba ser la comunidad internacional, ante determinados supuestos, quien deba definir quiénes reúnen las condiciones para poder ejercitarlo. Esta conclusión se apoya en tres presupuestos fundamentales.

- A) Cualquier grupo étnico, cultural, religioso, etc., puede perder toda o parte de su identidad mezclándose con otro sin que de ello se derive ninguna lesión de la dignidad humana, luego no podemos afirmar que la identidad cultural sea una exigencia absoluta, universal e irrenunciable de la dignidad del ser humano; por tanto, el derecho a preservar la identidad no puede calificarse en sentido absoluto como un derecho humano colectivo.
- B) La voluntad colectiva de un grupo de preservar su identidad cultural, étnica, religiosa o lingüística puede dar lugar a un derecho de autodeterminación, de naturaleza diversa a los derechos humanos y que no equivale a constituirse como Estado-nación. Autodeterminación y estatalidad solo podrían coincidir en el supuesto de que el acceso a la estatalidad fuera el único modo de asegurar la supervivencia de la identidad de un grupo, y siempre que salvaguardar esa identidad fuera indispensable para que los miembros de ese grupo tuvieran asegurados bienes esenciales inherentes a la dignidad de cada uno de ellos.
- C) El derecho a preservar una determinada identidad cultural puede ser perfectamente renunciable e incluso realizarse en sentido contrario (derecho a evolucionar respecto a una tradición cultural, como sucedió en Japón, en China, en la India, etc.). Esto no puede ocurrir con los derechos humanos, que son universales, inalienables y absolutamente

irrenunciables, en tanto que exigencias inherentes a la dignidad del ser humano.

En definitiva, el derecho a preservar la identidad cultural de un grupo, a través del derecho de autodeterminación, no puede calificarse como un derecho humano colectivo inalienable e irrenunciable ligado al núcleo de la dignidad humana. Así pues, a la autodeterminación quizá le convenga más la calificación de 'principio' que la de 'derecho' (ese ha sido su tratamiento efectivo en el Derecho internacional, como complemento al principio de integridad territorial de los Estados). Hasta qué punto esté justificada su virtualidad efectiva y su materialización como derecho, dependerá de las condiciones concretas que definen la identidad del grupo y la situación política en que se halle para determinar si se vulneran bienes esenciales de los miembros del grupo ligados a esa identidad.

NOVENA

El nacionalismo 'identitario' pretende identificar la identidad de la persona con la identidad del 'pueblo'. Y ese es un grave error. Las identidades étnicas, lingüísticas y culturales son 'relativas' porque permiten fusiones, intercambios y graduaciones; sin embargo, la identidad de las personas es absoluta y trasciende a esas identidades relativas; es la condición universal de pertenencia a la especie humana que otorga la dignidad. El mestizaje es la prueba empírica de que la identidad racial o étnica es relativa. No existen identidades culturales, étnicas, lingüísticas o religiosas, absolutas e incondicionales; por consiguiente, no puede haber derechos absolutos, inalienables e incondicionales a preservar o mantener una identidad cultural cuando, por definición, esta es relativa. Así pues, una persona de cualquier

raza, lengua, religión o cultura puede mezclarse con otra, sin que por ello pierda su identidad personal. Por tanto, no puede haber, en sentido estricto, derechos humanos de los pueblos. El derecho a la identidad cultural, en tanto que derecho humano, solo puede ser de las personas, no puede tener un carácter colectivo. Por tanto, el derecho a la autodeterminación es de los pueblos, en tanto que protege la originalidad vital de cada uno de los individuos que lo componen. La identidad personal de los individuos no se disuelve en la identidad colectiva del grupo. Ciertamente, los hábitos culturales y los valores morales aprendidos en una comunidad identifican a sus integrantes y les dotan de una 'identidad social', pero esa identidad no es absoluta, no los identifica como 'personas' o como miembros de la especie humana. Identifica a los individuos en lo relativo, que es modificable, histórico y contingente. En última instancia, la condición de persona y su dignidad son independientes de las fuentes sociales de las que se ha nutrido su identidad social o moral.

DÉCIMA

Cuando se habla de un derecho a la diferencia, se está hablando del derecho del individuo a mantenerse adherido al grupo que se diferencia o distingue de otro grupo; es decir, es el derecho a que las identidades relativas de los individuos no sean agredidas. Pero eso no significa que haya derechos humanos colectivos, que los grupos puedan reivindicar para evitar su mezcla o su fusión con otros grupos. Los complejos problemas políticos y sociales derivados de los nacionalismos identitarios y de la inmigración masiva a occidente, no pueden enfocarse exclusivamente desde la reivindicación de derechos colectivos, sino primariamente desde la garantía de los derechos humanos básicos, inherentes a la dignidad de la persona. En sentido estricto, solo cabría hablar del derecho colectivo de un pueblo, cuando las personas que

pertenecen a ese pueblo estuvieran amenazadas o sometidas por razón de su pertenencia o adscripción al mismo. Es decir, en realidad, estamos hablando de las personas cuyos derechos son vulnerados por el hecho de pertenecer a un pueblo, a una etnia o a una cultura particular. En definitiva, los derechos ligados a identidades relativas, locales o grupales no son derechos propiamente humanos, son derechos relativos, hipotéticos y siempre circunstanciados.

UNDÉCIMA

La alusión a “*todos los pueblos*” como sujetos titulares del derecho de autodeterminación, realizada por la Resolución 1514 (XV) y por los dos Pactos Internacionales de 1966, provocó un debate que no se ha cerrado en más de medio siglo. No obstante, con independencia del substrato ideológico de las diversas posiciones, hay una realidad insoslayable y que viene exigida por la honestidad intelectual y jurídica: esta alusión solo puede entenderse dentro del contexto de la aprobación de la Resolución 1514 (XV), que es el contexto de la descolonización. El título de la propia Resolución no deja lugar a dudas: «*Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*». Así pues, la idea de pueblo que subyace en el titular del derecho de autodeterminación es la del ‘*pueblo colonizado*’, que debe poder aspirar a determinarse políticamente sin la tutela de una potencia que lo domina, controla o administra. Por otra parte, para corroborar este objetivo y evitar interpretaciones interesadas sobre la titularidad del derecho, el párrafo sexto resulta inequívoco en la defensa del principio de integridad territorial: «*todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas*».

DUODÉCIMA

Diez años más tarde, la Resolución 2625 (XXV) reiteró el contenido del derecho de autodeterminación en términos muy similares, pero introduciendo una matización fundamental para reforzar el principio de integridad territorial, denominado por la doctrina internacionalista como '*cláusula de salvaguardia*': "Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color". A partir de aquí se afirmó la existencia de dos dimensiones diferentes en el ejercicio del derecho de autodeterminación: la '*dimensión interna*', que contemplaría el derecho de los pueblos a un gobierno democrático, amparado por la 'cláusula de salvaguardia' y la '*dimensión externa*', que contemplaría el derecho a configurarse como un Estado independiente. Esta doble dimensión de la autodeterminación, que no definió ni los sujetos ni el alcance del derecho, ha generado una enorme confusión teórica y práctica, en tanto que ha permitido afirmar que la titularidad del derecho pertenece a 'todos los pueblos' sin restricción y ha acabado por identificar la autodeterminación con su dimensión externa, que es la secesión. Ciertamente, el texto de la Resolución y de los Pactos del 66 necesitaría de una interpretación rigurosa por parte de la propia ONU, para evitar tener que afirmar que el derecho de autodeterminación solo lo poseen las colonias o territorios no autónomos, que lo ejercen para su liberación colonial. Pero, una vez ejercicio, ese derecho cambia de naturaleza y deja de ser un derecho de los pueblos, para convertirse en un derecho del nuevo Estado al mantenimiento de su integridad territorial, que es inviolable.

DECIMOTERCERA

A falta de un pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia, el fundamento doctrinal de la autodeterminación tiene hoy como referencia básica el conocido dictamen del Tribunal Supremo de Canadá, de 20 de agosto de 1998, que aludía expresamente a la ‘cláusula de salvaguardia’, para negar su aplicabilidad a Quebec. Aunque se trata de la resolución del tribunal interno de un Estado, la propia CIJ lo ha citado como argumento en sus resoluciones: “*El Derecho internacional tan solo reconoce el derecho de autodeterminación a los pueblos sometidos a dominación colonial, a los sometidos a una ocupación extranjera, y a los que se les impide ejercer útilmente su derecho de autodeterminación en el interior de un Estado del que forman parte [...]. El Estado cuyo Gobierno representa al conjunto del pueblo o de los pueblos que residen en su territorio en igualdad y sin discriminaciones, y que respeta los principios de autodeterminación en sus aspectos internos, tiene derecho al mantenimiento de su integridad territorial en virtud del Derecho internacional y al reconocimiento de esta integridad por los otros Estados*”. En consecuencia, la ‘cláusula de salvaguardia’, establecida por la Resolución 2625 (XXV), puede invocarse de manera extraordinaria, para acceder a la secesión, cuando un Estado deniega el ejercicio del derecho de autodeterminación *interna* a un pueblo y viola masivamente los derechos humanos de esa población. Es lo que suele denominarse ‘*secesión-remedio*’.

DECIMOCUARTA

El concepto de *pueblo* titular del derecho de autodeterminación, tal y como fue recogido por el Comité de Descolonización de Naciones Unidas, es el pueblo-nación sojuzgado por la fuerza, que se presenta como homogéneo (nacional,

étnica, o religiosamente hablando) y como diferenciado de la población del Estado colonizador. Y, además, el territorio en que se asienta debe estar separado geográficamente del territorio de la potencia colonial. En este sentido, los habitantes de Kosovo no pueden calificarse como pueblo. Si adoptáramos un concepto étnico, más cercano al ámbito de la cláusula de salvaguardia, tampoco serían los 'albanokosovares' en exclusiva quienes podrían reivindicar esa condición, ya que en Kosovo no ha existido nunca una etnia 'puramente kosovar', los que siempre han habitado ese territorio han sido albanokosovares, serbokosovares, gitanos, etc.; y estos grupos siempre se han identificado a sí mismos como 'albanos', 'serbios', 'gitanos', etc., nacidos en territorio kosovar. En definitiva, el pueblo kosovar está compuesto por los albanokosovares y por las otras minorías allí existentes, que también comparten el mismo carácter étnico, aunque sean de religión diferente.

DECIMOQUINTA

Para que una 'minoría étnica' pueda independizarse ejerciendo legítimamente el derecho de libre determinación, en el marco del Derecho internacional vigente, es necesario que se trate de un territorio colonial o que, excepcionalmente, pueda acogerse a la 'cláusula de salvaguardia' de la Resolución 2625 (XXV), configurándose como *ultima ratio*. En este último caso, debe tratarse de una minoría étnica homogénea y asentada sobre un territorio bien delimitado, que cumpla con los siguientes requisitos: a) la imposibilidad de ejercer su autodeterminación interna (supuesto en el que habrían de concurrir la vulneración grave y sistemática de los derechos humanos, la negación del autogobierno, o una decisión del Consejo de Seguridad por la que se determine la necesidad de intervención); b) la inexistencia de vía alternativa alguna que permita solucionar el conflicto provocado por el rechazo a la autodeterminación

interna. De conformidad con este último requisito, se deben haber agotado todos los posibles remedios para la autodeterminación interna, antes de extraer la cuestión del ámbito interno del Estado que, hasta ese momento, ejercía la soberanía en el territorio habitado por el pueblo que reivindica la secesión. En Kosovo se produjeron estas circunstancias, que dieron origen a la intervención internacional del territorio en 1999, decretada por el Consejo de Seguridad. Por consiguiente, si la reivindicación del derecho de autodeterminación por parte de Kosovo para independizarse de Serbia se hubiera producido en 1998, antes de la intervención internacional, apelando a la 'cláusula de salvaguardia', no cabría ninguna duda respecto a su legitimidad y debería haber sido amparada por el Derecho internacional. Sin embargo, pretender un ejercicio legítimo del derecho de autodeterminación en 2008, diez años después, cuando Serbia era ya un estado democrático, cuando ya no existían violaciones de derechos humanos, cuando se ofrecía una sustancial y ventajosa autonomía dentro de una federación serbia, cuando la presencia internacional garantizaba el estatus y cuando la legalidad vigente en el territorio (Resolución 1244 (1999) y resto de normativa internacional aplicable) exigía el respeto al principio de integridad territorial, resulta muy discutible para la mayoría de la doctrina internacionalista. Por otra parte, los representantes del parlamento kosovar tampoco fundamentaron expresamente su declaración unilateral de independencia sobre los presupuestos de legitimidad de la 'cláusula de salvaguardia'. De haberlo hecho así, algunos autores sostienen que, en 2008, sí habría sido legítima la secesión, dado que un periodo de apenas 10 años tras la guerra podría no considerarse suficiente para garantizar el respeto efectivo de los derechos humanos en la zona y la viabilidad de la autodeterminación interna de Kosovo, a la vista de que los graves episodios de limpieza étnica producidos por los serbios durante el conflicto aún están muy vivos.

DECIMOSEXTA

El objetivo del Consejo de Seguridad, implícitamente expresado en la Resolución 1244 (1999), era mantener un Kosovo multiétnico que gozara de una autonomía sustancial dentro de Yugoslavia (hoy Serbia) respetando así su integridad territorial. Este objetivo fue soslayado y reemplazado por la creación de un Kosovo independiente, prácticamente monoétnico, bajo los auspicios de Estados Unidos y de los miembros más influyentes de la Unión Europea (Gran Bretaña, Francia y Alemania) y en abierta oposición a la Resolución 1244 (1999), que afirmaba expresamente el respeto del 'principio de la soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia'. Por consiguiente, la independencia declarada unilateralmente por el parlamento Kosovar en 2008, sin el consentimiento de Serbia y sin el amparo de la 'cláusula de salvaguardia', vulneró la intangibilidad de las fronteras, que es un principio estructural del Derecho Internacional. En definitiva, no cabe afirmar que la DUI de Kosovo representara un ejercicio legítimo del derecho de libre determinación de los pueblos.

DECIMOSÉPTIMA

Desde la Declaración Unilateral de Independencia en 2008, multitud de países, encabezados por Estados Unidos y los países fuertes de la UE (Francia, Reino Unido y Alemania), se apresuraron a reconocer a Kosovo como nuevo Estado. En la actualidad ya ha sido reconocido por 112 países, entre ellos 22 de los 27 miembros de la Unión Europea (todos menos España, Grecia, Rumania, Eslovaquia y Chipre); todos los Estados procedentes de la disgregación de la antigua Yugoslavia, menos Serbia, y además de Estados Unidos, potencias como Japón, Canadá o Australia. No lo han reconocido dos grandes potencias

como Rusia y China. Ciertamente, el reconocimiento de Estados es un acto político, voluntario y declarativo. Es decir, responde a criterios de oportunidad política, no es jurídicamente obligatorio ni vinculante y no tiene efectos jurídicos constitutivos. Por tanto, el reconocimiento de estos países no ha creado, *de iure*, el Estado Kosovar. Y de hecho la ONU guarda silencio al respecto y aún no lo ha admitido como miembro en la organización. Pero la comunidad internacional debería haber sido mucho más escrupulosa y haber dilatado ese reconocimiento hasta tanto no hubiera un pronunciamiento al respecto de Naciones Unidas. Si la ONU se hubiera atendido a los principios básicos establecidos en Rambouillet y en la Resolución 1244 (1999), hubiera debido obtener de Serbia las garantías constitucionales necesarias para asegurar esa autonomía y debería haber establecido 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 haberse manifestado 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 pleno, puesto que no tiene un gobierno independiente, se acabará consolidando como tal, con la complicidad tácita de Naciones Unidas, en franco incumplimiento del Derecho internacional y estableciendo un precedente que en nada contribuye a la paz y la seguridad internacionales. En definitiva, la situación de Kosovo consagra el enésimo fracaso y la impotencia del Derecho Internacional para regular y resolver estos conflictos, y la resignación de la comunidad internacional a que las relaciones entre Estados se sustancien en clave política y no en clave jurídica.

DECIMOOCTAVA

El *Dictamen sobre la Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración Unilateral de Independencia relativa a Kosovo*, emitido el 22 de julio de 2010 por la Corte Internacional de Justicia, respondiendo a la pregunta formulada por la Asamblea General de Naciones Unidas a través de la Resolución 63/3 de la Asamblea General, fue unánimemente calificado de decepcionante y sorprendente, por evasivo, insustancial y poco concluyente. Ante la pregunta: *¿Se ajusta al Derecho internacional la declaración de independencia formulada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo?*, la CIJ, por 10 votos contra 4, se limitó a decir “*que la Declaración de Independencia de Kosovo, adoptada el 17 de febrero de 2008, no ha violado el Derecho internacional*”. Para los partidarios de la secesión, que la evaluaron desde una perspectiva política, fue aireada como un espaldarazo al nuevo Estado kosovar (pero nada decía a ese respecto). Para quienes la analizaron desde el punto de vista jurídico, no pasó de ser un cúmulo de triquiñuelas argumentales e interpretaciones sorprendentes para eludir pronunciarse sobre la cuestión de fondo: la titularidad, el ejercicio y el alcance del derecho de libre determinación de los pueblos no sometidos a dominación colonial, consolidando la doctrina sobre la creación de nuevos Estados y sobre su reconocimiento. Igual que en otros casos los dictámenes de la CIJ han sido paradigmáticos -por ejemplo, sobre Namibia o sobre el muro israelí en Palestina- esta vez su respuesta sorprende por timorata y superficial. Renuncia a determinar si el pueblo kosovar tiene derecho a su libre determinación, evita manifestarse sobre si hay un supuesto de opresión que permita activar la cláusula de salvaguardia y no se pronuncia sobre la estatalidad de Kosovo después de la DUI de su Asamblea y del reconocimiento de numerosos Estados. Las opiniones de los jueces disidentes muestran bien a las claras su decepción.

DECIMONOVENA

La Corte se limita a constatar que no existe una prohibición sobre declaraciones de independencia en el *ius cogens*, pero tampoco dice que la DUI estuviera autorizada por el Derecho Internacional ni que constituyera el ejercicio de un derecho conferido por él. La Corte parece aceptar, implícitamente, que el Derecho internacional es neutral ante ese tipo de actos que, por sí mismos, no pueden generar procesos jurídicos de secesión, porque esos procesos son siempre asuntos internos de un Estado. Con todo, el eslabón más débil de su argumentación radica en afirmar que los autores de la DUI (los parlamentarios de Kosovo elegidos en el marco del autogobierno provisional de Kosovo), no pretendían actuar dentro del marco normal del autogobierno provisional, sino que su objetivo estaba más allá y era que Kosovo se convirtiera en “un Estado independiente y soberano”. Afirmar que quienes realizan un acto contra la legalidad que los inviste institucionalmente como parlamentarios, en realidad no actúan contra esa legalidad porque pretenden actuar fuera de esa legalidad, es un razonamiento que carece de todo fundamento. Pero en este argumento se apoya para concluir que la DUI no contraviene el Derecho internacional, siendo así que en Kosovo la legalidad internacional estaba constituida por la Resolución 1244 (1999), el Marco constitucional y las Instituciones Provisionales de Autogobierno, basadas sobre el principio de integridad territorial de Serbia. A partir de aquí, toda la serie de triquiñuelas argumentales, las hemos desarrollado con detalle en el capítulo quinto de la tesis y a ellas nos remitimos.

VIGÉSIMA

Hay una componente fundamental, tanto en el núcleo del conflicto balcánico y su cruento desarrollo del odio étnico, como en el recorrido habido en el proceso de secesión de Kosovo y su fulgurante reconocimiento como nuevo Estado por Estados Unidos y la mayoría de países de la UE, que ha sido escasamente considerada en los análisis políticos y jurídicos del tema y que, a nuestro juicio, constituye su clave hermenéutica: la fuerte influencia emocional presente en todos los actores de este drama político. El juego de las emociones y sentimientos, manipulados y exaltados en uno y otro sentido a través de los medios de comunicación por el denominado *hate speech*, ha construido en Occidente una imagen de Serbia muy cercana al nazismo y a las prácticas de campos de exterminio y limpieza étnica, que la ha privado de toda legitimidad en el ámbito internacional, aun a pesar de haberse constituido desde hace tiempo como un régimen plenamente democrático y garante de derechos humanos. Y, en sentido contrario, ese mismo sentimentalismo emotivo ha sabido construir una imagen de los albanokosovares como víctimas, de las que el mundo debe apiadarse y para quienes la secesión de Serbia se ha presentado como un imperativo moral absoluto. Sin embargo, como ha demostrado Michael Ignatieff en múltiples publicaciones, a pesar de que albanokosovares y serbokosovares convivieron codo a codo durante siglos, fueron las pretensiones de mantenerse en el poder de los líderes excomunistas de ambos bandos, las que les llevaron a asumir un nacionalismo identitario excluyente, que jamás había existido en esas comunidades, para mantenerse en el poder ante el proceso desintegrador de Yugoslavia. Se ha hablado y visionado mucho el sufrimiento del pueblo albanokosovar durante el conflicto, pero se ha silenciado y olvidado que, tras la represión de estos a manos de los serbios, con el nuevo estatus, se ha producido la opuesta, la de los serbokosovares a manos de los albanokosovares.

VIGÉSIMO PRIMERA

El concurso de las emociones en la política es el factor que provoca, tantas veces, su predominio sobre la razón y sobre el Derecho. Ciertamente, el Derecho no es absoluto ni intocable, especialmente en el ámbito internacional, pero, cuando se actúa al margen de él, hay que aportar muy buenas razones morales para hacerlo y esas razones no pueden ser sustituidas por simples emociones. En el caso de Kosovo: ¿había razones morales que legitimaran un incumplimiento del Derecho internacional o solo había emociones? Por lo que sabemos, ni se ha respetado la legalidad internacional, ni las decisiones adoptadas se fundamentaron en razones morales fuertes que legitimaran el incumplimiento de esa legalidad. A nuestro juicio han primado las emociones. En Kosovo se produjo una recreación emotiva de la historia a partir de falsos agravios seculares y se incitó al odio desde el '*hate speech*'. Esta construcción emotiva y ficticia de la realidad fue asumida por Occidente y combinada con otras emociones larvadas para justificar moralmente un acto contrario a la legalidad internacional. En efecto, la UE, conmocionada por albergar una guerra en su seno cuando creía haber conjurado definitivamente ese fantasma en 1945, vio en la independencia de Kosovo la oportunidad de lavar su conciencia frente a las culpas de una intervención militar de la OTAN no aprobada por el Consejo de Seguridad. Su apoyo a la secesión fue entusiasta y fervoroso soslayando el Derecho Internacional. Por su parte, los Estados Unidos jugaron su tradicional política emotiva, apoyando la causa del pueblo desvalido en su papel de policía global que defiende la libertad, la paz y la democracia, frente a la amenaza totalitaria de Rusia y China que respaldaban a Serbia. La Corte Internacional de Justicia fue presa de la emoción política por excelencia (en palabras de Hobbes): el miedo. Miedo a no apoyar la secesión de un pueblo oprimido que contaba con el apoyo moral de los Estados y la opinión pública de Occidente y miedo a las consecuencias desestabilizadoras

en el contexto internacional si aceptaba que Kosovo había ejercitado legítimamente el derecho de libre determinación fuera del contexto colonial. Finalmente, podría decirse que Naciones Unidas continúa, desde entonces, con el 'corazón partido': no puede aceptar que un acto unilateral de independencia contrario a sus resoluciones se convalide jurídicamente creando un nuevo Estado contra su praxis en multitud de ocasiones (por eso no acepta a Kosovo en la organización), pero tampoco quiere que Kosovo regrese a una situación anterior bajo la soberanía de Serbia y contra la inmensa mayoría de los Estados miembros (por eso guarda silencio desde hace nueve años).

BIBLIOGRAFÍA

AHTISAARI, M., *Propuesta Integral de Acuerdo sobre el Estatuto de Kosovo*, 5 de marzo de 2007. CSUN S 2007/395

(<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6110.pdf>)

ALEXY, R. (1992): "Individual rights and Collective Goods", en C. NINO (ed.), *Rights*, Darmouth, Cambridge.

ALEXY, R. (2007): *Teoría de los derechos fundamentales* (2ª ed.), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ALLEN, T. & SEATON, J. (1999): *The Media of Conflict: War Reporting and Representations of Ethnic Violence*, London, Zed Books.

ALMEYRA, G. (2004): "Tolerancia, racismo, fundamentalismo y nacionalismo", en *Política y cultura*, nº 21.

ALVAREZ DORRONSORO, I. (1993): *Diversidad cultural y conflicto nacional*, Madrid, Talasa ediciones.

ÁLVAREZ LÓPEZ, E. (2000): "La intervención militar de la OTAN en la República Federal de Yugoslavia: La legalidad internacional cuestionada", *Revista de la Facultad de Derecho UCM*, nº 93.

ÁLVAREZ JUNCO, J. (2005): "El nombre de la cosa. Debate sobre el término nación y otros conceptos relacionados", en J. ÁLVAREZ JUNCO, J. BERAMENDI - F. REQUEJO, *El nombre de la cosa. Debate sobre el término nación y otros conceptos relacionados*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

AMENGUAL, G. (1982): "Sobre la noción de pueblo. Algunas reflexiones sobre las determinaciones de su significado y su relación con el Estado", *Sistema*, nº 48.

AMSTRONG, J.A. (1982): *Nations before Nationalism*, Chapel Hill, NC: The University of North Carolina Press.

ANDERSON, B. (1993): *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, México: Fondo de Cultura Económica.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M.P. (1998): " La libre determinación de los pueblos en la nueva sociedad internacional", en J. CARDONA (dir.) *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional* (vol. 1), Pamplona: Aranzadi.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. (1999): "Kosovo: todo por el Derecho Internacional pero sin el Derecho Internacional", *Meridiano, CERJ*, nº 28.

- ANGOSO GARCÍA, R. (2009): *Kosovo, las semillas del odio: cuando se rompen las fronteras de Europa*, Madrid, Plaza y Valdés.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. (ed.) (2001): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid: Dykinson.
- AÑÓN ROIG, M.J. (1992): "Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas", en J. BALLESTEROS (ed.) *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Madrid: Tecnos.
- AÑÓN ROIG, M.J. (2004): "Límites de la universalidad: los derechos de los inmigrantes", en M.J. AÑÓN (ed.) *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- APARISI, A. (2004): "En torno al principio de la dignidad humana", *Cuadernos de Bioética*, nº 25.
- ARA PINILLA, I. (1989): "Los derechos humanos de la tercera generación en la dinámica de la legitimidad democrática", en J. MUGUERZA (et al.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid: Debate.
- ARIAS MALDONADO, M. (2016): *La Democracia sentimental, Política y emociones en el siglo XXI*, Madrid, Página Indómita.
- ARLOTTI, R. (2016): "Patria, patriotismo y nacionalismo", en *Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 41.

BALLESTEROS, J. (1974): "El Derecho como no discriminación y no violencia",
Anuario de Filosofía del Derecho, Vol. XVII.

BALLESTEROS, J. (1982): Derechos humanos: ontología versus
reduccionismos"". *Persona y Derecho*, nº 9.

BALLESTEROS, J. (1992), *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid,
Tecnos.

BALLESTEROS, J. (1992): *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos.

BALLESTEROS, J. (coord.) (1996): *Derechos Humanos. Concepto,
fundamento, sujetos*. Madrid, Tecnos.

BALLESTEROS, J. (1996): "Los derechos de los nuevos pobres", en
BALLESTEROS, J. (coord.), *Derechos humanos. Concepto, fundamento,
sujetos*. Madrid, Tecnos.

BALLESTEROS, J. (1997): "Identidad planetaria y medio ambiente", en J.
BALLESTEROS - J. PÉREZ (ed.), *Sociedad y medio ambiente*, Madrid,
Trotta.

BALLESTEROS, J. (1999): "Sobre la fundamentación antropológica de la
universalidad de los derechos humanos", Valencia, Real Academia de
Cultura Valenciana.

BALLESTEROS, J. (1999): "El individualismo como obstáculo a la universalidad
de los derechos humanos", en *Persona y Derecho*, vol. 41 (II).

BALLESTEROS, J. (2006): *Repensar la paz*, Pamplona, EIUNSA.

BALLESTEROS, J. (2006): "Ecopersonalismo y derecho al medio ambiente" en *Humana iura*, nº 6.

BARBERIS, J. (1984): *Los sujetos del derecho internacional actual*, Madrid, Tecnos.

BEA PÉREZ, E. (1992): "Los derechos de las minorías nacionales: su protección internacional, con especial referencia al marco europeo", en J. BALLESTEROS (ed.) *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Madrid: Tecnos.

BEA PÉREZ, E. (2001): "Naciones sin Estado. El reto de los derechos colectivos", en F.J. ANSUÁTEGUI (ed.) *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid: Dykinson.

BEA, E. (2002): "Naciones sin Estado: la asignatura pendiente de la construcción europea", en AA.VV., *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, Tirant lo Blanch.

BERAN, H. (1984): "A Liberal Theory of Secession", *Political Studies* 32 (1).

BERAN, H. (1998): "A Democratic Theory of Political Self-Determination for a New World Order", en P.B. LEHNING (ed.) *Theories of Secession*, London: Routledge.

BERLÍN, L. (1988): "Dos conceptos de libertad", en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid: Alianza.

BERLIN, I. (1997): *Nacionalismo*, Valencia, Tandem.

BERMEJO GARCÍA, R., y GUTIÉRREZ ESPADA, C. (2007): *La disolución de Yugoslavia*, Berañain: EUNSA.

BERMEJO GARCÍA, R. y GUTIÉRREZ ESPADA, C. (2008): "La independencia de Kosovo a la luz del derecho de libre determinación", *Real Instituto Elcano*, Documento de Trabajo nº 7/2008.

BERMEJO GARCÍA, R. - GUTIÉRREZ ESPADA, C. (2010): "La declaración unilateral de independencia de Kosovo a la luz de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 julio de 2010 y de las declaraciones, opiniones individuales y disidentes a la misma", *Anuario Español de Derecho Internacional*, nº 26.

BILLIG, M. (1995): *Banal Nationalism*, London: Sage.

BJÖRN, A. (2008): *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BLAS GUERRERO, A. (1984): *Nacionalismo e ideologías políticas contemporáneas*, Madrid: Espasa-Calpe.

BLAS GUERRERO, A. (1994) *Nacionalismos y naciones en Europa*, Madrid: Alianza.

- BLAS GUERRERO, A. (1994): "A vueltas con el principio de las nacionalidades y el derecho de autodeterminación", *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 3.
- BOBBIO, N. (1991) *El tiempo de los derechos*, Madrid: Sistema.
- BORGEN, C. (2010): "Advisory Opinion. Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo. Introductory Note", *International Legal Materials*, Vol. 49 (5).
- BOSS, M. (1968): "Self-determination by the Grace of History", *Netherlands International Law Review* 15 (4).
- BOTHE, M. (2010): "Kosovo - So What? The Holding of the International Court of Justice is not the Last Word on Kosovo's Independence", *German Law Journal*, vol. 11.
- BREUILLY, J. (1994): *Nationalism and the State*, Chicago: Chicago University Press.
- BRILMAYER, L. (1991): "Secession and Self-Determination: A Territorial Interpretation", *Yale Journal of International Law*, nº16 (1).
- BUCHANAN, A.E. (1991): "Toward a Theory of Secession", *Ethics* nº 101 (2).
- BUCHANAN, A.E. (1997): "Theories of Secession", *Philosophy and Public Affairs* nº 26 (I).

- BUCHANAN, A.E. (1998): "Democracy and Secession", en M. MOORE (ed.) *National Self- Determination and Secession*, Oxford: Oxford University Press.
- BUCHANAN, A.E. (2003): "The Quebec Secession Issue: Democracy, Minority Rights, and the Rule of Law", en S. MACEDO, A. BUCHANAN (eds.) *Secession and Self-determination*, New York: New York University Press.
- BUCHANAN, A.E. (2013): *Secesión. Causas y consecuencias del divorcio político*, Barcelona: Ariel.
- BUCHHEIT, L.C. (1978): *Secession. The Legitimacy of Self-Determination*, New Haven: Yale University Press.
- BURIC, A. (2001): "The Media War and Peace in Bosnia", en DAVIS, A. (ed.), *Regional Media in Conflict*, London, Institute for War and Peace Reporting.
- BURRI, T. (2010): "The Kosovo Opinion and Secession: The Sounds of Silence and Missing Links", *German Law Journal*, Vol. 11.
- CALDUCH, R. (1991): *Relaciones Internacionales*, Madrid, Ciencias Sociales.
- CALHOUN, C. (1997). *Nationalism*, Minneapolis: University of Minnesota Press.
- CALLAMARD, A. (2005): "Striking the right balance", en *Words & Deeds: Incitement, hate speech & the right to free expression*, Index on Censorship for the EU NGO Forum, London.

- CALSAMIGLIA, A. (2000): *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Barcelona: Paidós.
- CALSAMIGLIA, A. (2000): “Los derechos culturales ¿son derechos constitucionales?”, en *Derecho y libertades*, nº8.
- CARRUTHERS, S. (2000): *The Media at War: Communication and Conflict in the Twentieth Century*, New York, Macmillan.
- CASSESE, A. (1991), *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona.
- CASSESE, A. (1995): *Self-determination of Peoples. A Legal Reappraisal*, Cambridge: Cambridge University Press.
- CASTELLINO, J. (2000): *International Law and Self-determination. The Interplay of the Politics of Territorial Possession with Formulations of Post-Colonial 'National' Identity*, The Hague: Martinus Nijhoff.
- CHABOD, F. (1961). *L'idea de nazione*, Bari: Laterza.
- CHRISTAKIS, T. (2008): “La secession: une question de simple fait?”, *Working Papers of the European Society for International Law*.
- CHRISTAKIS, T. (2011): “The ICJ Advisory Opinion on Kosovo: Has International Law Something to Say about Secession”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 24.

- CISMAS, I. (2010): "Seccesion in Theory and Practice: The Case of Kosovo and Beyond", *Goettingen Journal of International Law*, nº 2.
- CLARKE, D. (ed.): *The rights of nations*, Cork Univ. Press, Cork, 1998.
- COAKLEY, J. (1994): "Approaches to the Resolution of Ethnic Conflict: the Strategy of Non-territorial Autonomy", *International Political Science Review*, nº15 (3).
- COACKLEY, J. (2012): *Nationalism, Ethnicity and the State: Making and Breaking Nations*, Los Angeles: Sage.
- COBBAN, A. (1969): *The Nation State and National Self-Determination*, London: Collins.
- COLIVER, S. (1993): *The Article 19 Freedom of Expression Handbook*, London, Routledge.
- CONNOR, W. (1994): *Ethnonationalism: the Quest for Understanding*. Princeton: Princeton University Press.
- CONSTANT, B. (1830): "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos", en *Escritos políticos*, Madrid (1989): Centro de Estudios Constitucionales.
- CONTRERAS PELÁEZ, F.J. (2002): "Cinco tesis sobre el nacionalismo", *Revista de Estudios Políticos* nº 118.

- CORTINA, A. (2003): "Ciudadanía intercultural", en *Glosario para una sociedad multicultural, Valencia, Bancaixa*
- CRAWFORD, J. (1988): "The Rights of Peoples: Peoples or Governments?", en J. CRAWFORD (ed.) *The Rights of Peoples*, Oxford: Clarendon Press.
- CRAWFORD, J. (2006): *The Creation of States in International Law*, Oxford: Clarendon Press.
- CRUZ PARCERO, J.A. (1998): "Sobre el concepto de derechos colectivos", en *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 12.
- CUEVA FERNÁNDEZ, R. (2012): "El 'discurso del odio' y su prohibición", en *Doxa*, nº 35.
- DAVIS, A. (ed.), (2001): *Regional Media in Conflict*, London, Institute for War and Peace Reporting.
- D' AGOSTINO, F. (2002): "Pluralità delle culture e universalità dei diritti", en *Multiculturalismo e identità*, Milano, Vita e Pensiero.
- DAY, G. - THOMPSON, A. (2004): *Theorizing Nationalism*, Basingstoke-Nueva York: Palgrave Macmillan.
- DE CASTRO SANCHEZ, C. (2006): "¿El fin de la soberanía nacional? el derecho de injerencia humanitaria ante los últimos acontecimientos: breves reflexiones", *Revista de Derecho UNED*, núm. 1.

- DE CUETO, C. y DURÁN, M. (2006): *El conflicto de Kosovo, un escenario de colaboración de actores civiles y militares*, Biblioteca Nueva.
- DE LUCAS, J. (1992): *Europa: convivir con la diferencia. Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Madrid, Tecnos.
- DE LUCAS, J. (1993): "Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº5.
- DELANTY, G. Y KUMAR, K. (eds.) (2006): *The Sage Handbook of Nations and Nationalism*, Londres: Sage.
- DEUTSCH, K. (1953): *Nationalism and Social Communication: An Inquiry into the Foundations of Nationality*, Nueva York: MIT-Wiley.
- DEWET, E. (2009): "The Governance of Kosovo: Security Council Resolution 1244 and the Establishment and Functioning of EULEX", *American Journal of International Law*, vol. 103.
- DIMITRIJEVIC, V. and BENEDEK, W. (2002): "Culture of Human Rights in the Balkans", en DODOROVIC, M. (ed.), *Culture of Human Rights*, Human Rights Centre Network, Belgrade.
- DIEZ DE VELASCO, M. (2007): *Instituciones de Derecho Internacional Público* (16ª ed.). Madrid: Tecnos.

DINSTEIN, Y. (1976): "Collective Human Rights of Peoples and Minorities", *The International and Comparative Law Quarterly* nº 25 (1).

DIVAC ÖBERG, M. (2011): "The Legal Effects of United Nations Resolutions in the Kosovo Advisory Opinion", *The American Journal of International Law*, nº 105.

DUVE, F. (1998): *OSCE Report on the current situation of the Media in the Federal Republic of Yugoslavia*, OSCE.

(http://www.osce.org/documents/html/pdftohtml/2271_en.pdf.html)

DWORKIN, R. (1984): *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.

EMERSON, R. (1971): "Self-determination", *American Journal of International Law*, nº 65 (3).

ENGELHARDT, T. (1995): *Los Fundamentos de la Bioética*, Barcelona, Paidós.

ENGELS, F. (1869): *El papel de la violencia en la historia*, B.A.S. (on line)

ENOUVIN, P. (1998): *Historia de las relaciones internacionales (Siglos XIX y XX)*, Madrid, Akal.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (2011): "La posición del reino de España en el procedimiento consultivo: una aproximación general", *Revista española de Derecho Internacional*, nº 63.

ESQUIVEL ALONSO, Y. (2016): "El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cuestiones constitucionales": *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, nº. 35.

ETXEBERRRÍA, X. (2003) "Estado Pluricultural", en *Glosario para una sociedad multicultural*, Valencia, Fundación Bancaixa.

FARRELL, M.O. (1995): "¿Hay derechos comunitarios?", *Doxa* 17-18.

FELICE, W.F. (1996): *Taking Suffering Seriously. The Importance of Collective Human Rights*, (Sunny Series in Global Conflict and Peace Education), State University of New York.

FERNÁNDEZ, Enc. (2003): *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos.

FERNÁNDEZ, E. (1982): "El problema del fundamento de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, nº1.

FERNÁNDEZ, E. (1984): *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate.

FERNÁNDEZ, E. (1993): "Concepto de derechos humanos y problemas actuales", *Derechos y Libertades* nº 1.

FERNÁNDEZ LIESA, C. (1999): *Derechos lingüísticos y derecho internacional*, Madrid, Dykinson.

FERRAJOLI, L. (1997): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta (2ª ed.).

FERRAJOLI, L. (1999): "Il diritto all'autodeterminazione nell'età della globalizzazione", en *Il diritto all'autodeterminazione dei popoli alle soglie del 2000: genesi, evoluzione, attualità*, Roma: Fondazione Internazionale Lelio Basso.

FERRAJOLI, L. (2001): "Los fundamentos de los derechos fundamentales", en L. FERRAJOLI (et al.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.

FERRAJOLI, L. (2004): *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta.

FERRAJOLI, L. (2006): "Sobre los derechos fundamentales", *Cuestiones constitucionales*, nº 15.

FERRAJOLI, L. (2007): *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Bari: Laterza.

FERRAJOLI, L. (2008): "Derechos fundamentales: universalismo y multiculturalismo", *Claves de Razón Práctica*, nº 184.

FLORES, G. (1999): *Los medios de comunicación de masas en tiempos de guerra. La trama de la comunicación*, vol. 7., Universidad Nacional de Rosario: Argentina.

- FLORES JUBERIAS, C. (2006): *De la Europa del Este al este de Europa*, Valencia, PUV.
- FREEMAN, M., "Are there Collective Human Rights?", *Political Studies*, 1995, nº XLII.
- FROHARDT, M. and TEMIN, J. (2003): "Use and Abuse of Media in Vulnerable Societies", *Special Report of the United States Institute of Peace*, nº 110. (<http://www.usip.org/pubs/specialreports/sr110.html>).
- GALENKAMP, M. (1998): *Individualism versus Collectivism. The Concept of Collective Rights*, Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam.
- GALTUNG, J. (1973): *The European Community: a superpower in making*, London, Allen and Unwin.
- GANS, Ch. (2000): "National Self-Determination: a Sub- and Inter-State its Conception", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, nº 13 (2).
- GARCÍA-SMITH, M. (1993): *European identity and the search for legitimacy*, London, Printer.
- GARCÍA AMADO, J.A. (2001): "Sobre derechos colectivos. Dilemas, enigmas, quimeras", en F.J. ANSUÁTEGUI (ed.) *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid: Dykinson.
- GARCÍA INDA, A. (2001): *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Madrid: Dykinson.

- GARCÍA INDA, A. (2008): "Identidades y derechos colectivos", en R. SUSÍN Y D. SAN MARTÍN (coord.) *De identidades. Reconocimiento y diferencia en la modernidad líquida*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GASHI, D. (2005): "The Media Situation in Kosovo", en *OSCE Representative on Freedom of the Media, Freedom and Responsibility. 2004 yearbook of the Representative on Freedom of the Media, OSCE*.
- GAUTHIER, D. (1994): "Breaking up: An Essay on Secession", *Canadian Journal of Philosophy* 24 (3).
- GELLNER, E. (1988/2008): *Naciones y nacionalismo*, Madrid: Alianza.
- GELLNER, E. (1994): "Nationalism and Modernization", en J. HUTCHINSON - A.O. SMITH (eds.) *Nationalism*, Oxford: Oxford University Press.
- GELLNER, E. (1997): *Nacionalismo*, Barcelona: Destino.
- GEORGE, D. (1993): "The Right of National Self Determination", *History of European Ideas* nº 16 (4-6).
- GIRÓ, X. (1996): "La intervención de los *media* en el conflicto Yugoslavo". En SAMARY, C. (et alii): *El genocidio bosnio. Documentos para un análisis*, Madrid: Los Libros de la Catarata.
- GIRÓN, J. y PAJOVIC, S. (eds.) (1999): *Los nuevos Estados de la antigua Yugoslavia*, Universidad de Oviedo.

- GLENNY, M. (1996): *The Fall of Yugoslavia*, London, Penguin.
- GLENNY, M. (2012): *The Balkans: Nationalism, War, and the Great Powers, 1804-2011*, London, Penguin.
- GREIMAS, A.J. & FONTANILLE, J. (1991) *Semiotique des passions*, Paris. Seuil
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. (1993): "Concepto de derechos humanos y problemas actuales", *Derechos y libertades*, nº 1.
- GOWING, N. (1997): *Media Coverage: Help or Hinderance In Conflict Prevention*, New York, Carnegie Commission on Preventing Deadly Conflict. (<http://wwics.si.edu/subsites/ccpdc/pubs/media/media.htm>).
- GREIFF, P. de (2002): "Habermas on Nationalism and Cosmopolitanism", *Ratio Juris*, nº 15 (4).
- GREIMAS, A.J. & FONTANILLE, J. (1991): *Semiotique des passions*, Paris, Seuil.
- GROS ESPIELL, H. (1976): "En torno al derecho a la libre determinación de los pueblos", *Anuario de Derecho Internacional*, nº 3.
- GROS-ESPIELL, H. (1979): *Le droit à l'autodétermination, application des résolutions de l'organisation des Nations Unies*, New York, Nations Unies.

GROSS, L. (1975): "The Right of Self-determination in International Law", en M.L. KILSON (ed.) *New States in the Modern World*, Cambridge, Harvard University Press.

GUTIERREZ ESPADA, C. - BERMEJO GARCÍA, R. (2010): "Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre su declaración de independencia, su constitución y otras reflexiones" en *Boletín Elcano*, nº106.

GUTIÉRREZ, C. - BERMEJO, R. (2010): "De la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 22 de julio de 2010, sobre Kosovo", *Real Instituto Elcano, Documento de trabajo*, nº. 35.

GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL M.J. (2008): *Curso de Derecho internacional público*, Madrid, Trotta.

GUIBERNAU, M. (1996): *Los nacionalismos*, Barcelona, Ariel.

HABERMAS, J. (1989): *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid: Tecnos.

HABERMAS, J. (1992): "Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo", *Debats*, nº 39.

HABERMAS, J. (1997): *Más allá del estado nacional*, Madrid, Trotta.

HABERMAS, J. (1998): "Ciudadanía e identidad nacional", en *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid: Trotta.

- HABERMAS, J. (1999): *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós.
- HABERMAS, J. (2000): *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós.
- HABERMAS, J. (2001): *Israel o Atenas. Ensayos sobre religión, teología y racionalidad*, Madrid, Trotta.
- HALL, J.A. (ed.) (2000): *Estado y nación: Ernest Gellner y la teoría del nacionalismo*, Madrid: Cambridge University Press.
- HALLIN, D.C. & GITLIN, T. (1993): *Agon and Ritual: The Gulf War as Popular Culture and as Television Drama*, NY, Harper Collins.
- HAMPSON, F. (1993): *Incitement and the Media: Responsibility of and for the Media in Conflicts in the Former Yugoslavia*, Colchester, Essex, Human Rights Centre, University of Essex.
- HANNUM, H. (2004): "The Advisory Opinion on Kosovo: An Opportunity Lost, or a Poisoned Chalice Refused?", *Leiden Journal International Law*, nº 24.
- HARASZTI, M. (2005): "Report on the Role of the Media in the March 2004 Events in Kosovo", en *OSCE Representative on Freedom of the Media, Freedom and Responsibility: 2004 yearbook of the Representative on Freedom of the Media*, OSCE.
- HARRIS, E. (2012): *Nationalism: Theories and Cases*. Edimburgo: Edinburgh University Press.

- HARTNEY, M. (1995): "Some Confusions Concerning Colletive Rights", en W. KYMLICKA (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, New York, Oxford University Press.
- HASTINGS, A. (2000): *La construcción de las nacionalidades. Etnicidad, religión y nacionalismo*, Madrid: Cambridge University Press.
- HAXIU, B. (2001): "Kosovo—Where the Dead Speak", en *OSCE Representative on Freedom of the Media, Freedom and Responsibility: 1999/2000 yearbook of the Representative on Freedom of the Media*, OSCE.
- HERB, G.H. - KAPLAN, D.H. (eds.) (2008): *Nations and Nationalism: A Global Historical Overview*, Santa Barbara: ABC-Clio.
- HERMET, G. (1996): *Histoire des nations et du nationalisme en Europe*, Paris: Seuil.
- HOBSBAWM, E.J. (1992): *Naciones y nacionalismo desde 1780*, Barcelona: Crítica.
- HOBSBAWM, E.J. (1994): "Identidad", *Revista Internacional de Filosofía Política* nº 3.
- HOBSBAWM, E.J. (1996): "La izquierda y la política de la identidad", *New Left Review*, nº 217.

HOBBSAWM, E.J. (2002): "Introducción: la invención de la tradición", en E.J. HOBBSAWM - T. RANGER (eds.) *La invención de la tradición*, Barcelona: Crítica.

HOROWITZ, D.L. (2003): "A Right to Secede?", en S. MACEDO - A. BUCHANAN (eds.) *Secession and Self-determination*, New York: New York University Press.

HOWARD, R. (2002): "Le rôle des médias dans la consolidation de la paix – cadre opérationnel", Vancouver, *Institute for Media, Policy and Civil Society*.

HOWARD, R. (2002): "Mediate the conflict", en *Keynote to a seminar on the role of the media in peacebuilding*, sponsored by The Netherlands Association of Journalists and The Foreign Ministry of the Netherlands, The Hague.

HUMPHREYS, D., "War on television".

(<http://www.museum.tv/archives/etv/W/warontelevisi/warontelevisi.htm>).

IGNATIEFF, M. (1999): *El honor del guerrero. Guerra étnica y conciencia moderna*. Madrid, Taurus.

IGNATIEFF, M. (2003): *Guerra virtual: Más allá de Kosovo*, Paidós, Barcelona.

INGRAM, A. (1996): "Constitutional Patriotism", *Philosophy and Social Criticism* nº 22 (6).

ITURRIAGA, J.A. (1967): *Participación de la Organización de las Naciones Unidas en el proceso de descolonización*, Madrid, Alianza.

IVANKO, A. (2003): "Hate Speech: To Prosecute or not to Prosecute, that is the Question", en *OSCE Representative on Freedom of the Media, Freedom and Responsibility: 2002/2003 yearbook of the Representative on Freedom of the Media*, OSCE.

JACOBS, D., YANNICK, R. (2011): "Waiting for Godot: An Analysis of the Advisory Opinion on Kosovo", *Leiden Journal of International Law*, nº 24.

JÁUREGUI, G. (2001): "Derechos individuales versus derechos colectivos: una realidad inescindible", en F.J. ANSUÁTEGUI (ed.) *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid: Dykinson.

JAUREGUI, R. (2003): "Nacionalismo", en AA. VV, *Glosario para una sociedad multicultural*, Valencia, Fundación Bancaixa.

JIMÉNEZ PIERNAS, C. (2011): "Los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos en la opinión consultiva sobre Kosovo: una oportunidad perdida", *Revista española de Derecho Internacional*, nº 34.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, J. (2008): "¿Hegel en Kosovo? reflexiones sobre la independencia de Kosovo", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 42.

JOUBE, E. (1986): *Le droit des peuples (Que sais-je?)*, París, PUF.

- KAMMERHOFER, J. (2011): "Begging the question? The Kosovo opinion and the reformulation of advisory requests", en *Netherlands International Law Review*, Vol. 58.
- KEATING, M. (1996): *Naciones contra el Estado*, Barcelona, Ariel.
- KEDOURIE, E. (1988): *Nacionalismo*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- KEITH, K. J. (1971): *The extent of advisory jurisdiction of the international court of justice*, Leyden: A. W. Nijthoff.
- KLEIN, C. (1980): "Les droits de l'homme. Droits collectifs ou droits individuels, *Annales de la Faculté de Droit et Sciences politiques et de l'Institut de Recherches Juridiques, Politiques et Sociales de Strasbourg*, Tome XXXII, Paris, L.G.D.J.
- KOHEN, M. y DEL MAR, K. (2011): "The Kosovo Advisory Opinion and UNSCR 1244 (1999): A Declaration", *Leiden Journal International Law*, nº 24.
- KOHN, H. (1949): *Historia del nacionalismo*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- KOHN, H. (1966): *El nacionalismo. Su significado y su historia*, Buenos Aires: Paidós.

- KOSKENNIEMI, M. (1994): "National Self-Determination Today: Problems of Legal Theory and Practice", *The International and Comparative Law Quarterly*, nº 43 (2).
- KOSTADINOVIĆ, M.R. (2016): "Language of globalized media as a hate generator on the Balkans". *Collection of papers of the Faculty of Philosophy XLVI* (3), University of Niš. (<http://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/03543293/2016/0354-32931603121K.pdf>).
- KURSPAHIĆ, K. (2003): *Prime Time Crime. Balkan media in war and peace*. United States Institute of Peace Press: Washington, D. C.
- KYMLICKA, W. (1989): *Liberalism, Community and Culture*, Oxford: Clarendon Press.
- KYMLICKA, W. (1996): *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Barcelona.
- KYMLICKA, W. (1998): "Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal", en R. DEL AGUILA - F. VALLESPÍN (ed.), *La democracia en sus textos*, Madrid, Alianza.
- KYMLICKA, W. (2003): *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós.
- KYMLICKA, W. (2006): *Fronteras territoriales*, Madrid: Trotta

- LAMO DE ESPINOSA, E. (1995): *Culturas, Estados, Ciudadanos*, Madrid, Alianza.
- LAPORTA, F. (1987): "Sobre el concepto de derechos humanos ", *Doxa*, nº 4.
- LAWRENCE, P. (2005): *Nationalism. History and Theory*, London, Harlow: Pearson.
- LECHADO, J.C. y TAIBO, C. (1995): *Los conflictos yugoslavos, una introducción*, Fundamentos, Madrid.
- LENKOVA, M. (ed.) (1998): 'Hate speech' in the Balkans, en *The International Helsinki Federation for Human Rights (IHF)* (<http://www.greekhelsinki.gr>).
- LLOBERA, J.R. (1995): "Estado soberano e identidad nacional en la Europa actual", en E. LAMO DE ESPINOSA (ed.), *Cultura, Estados, ciudadanos*, Madrid, Alianza.
- LLOBERA, J.R. (1996): *El dios de la modernidad. El desarrollo del nacionalismo en Europa occidental*, Barcelona, Anagrama.
- LOCKE, J. (1991): *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Madrid: Espasa-Calpe.
- LÓPEZ CALERA, N. (2000): *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona: Ariel.
- LÓPEZ CALERA, N. (2002): "Sobre los derechos colectivos", en M. CALVO (coord.) *Identidades culturales y Derechos Humanos*, Madrid: Dykinson.

- LÓPEZ CALERA, N. (2004): " El concepto de derechos colectivos", en J. BETEGÓN et al. (coord.) *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- LOPEZ-JURADO, C. (2011): "Kosovo ante la Corte Internacional de Justicia: la Opinión consultiva de 22 de julio de 2010", *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, nº. 21.
- LOPEZ-JURADO, C. (2013): "La secesión de territorios no coloniales y el soberanismo catalán", *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, nº 27.
- LUCAS, J. de (1992): "Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos", en J. BALLESTEROS (ed.) *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Madrid: Tecnos.
- LUCAS, J. de (1994): *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid: Temas de Hoy.
- LUCAS, J. de (2001): "Sobre algunas dificultades de la noción de derechos colectivos", en F.J. ANSUÁTEGUI (ed.) *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid: Dykinson.
- MACCORMICK, N. (1989): "Nació i nacionalisme", *Afers*, nº 8.
- MACCORMICK, N. (1994): "¿Es filosóficamente creíble el nacionalismo?", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* nº 31.

MACCORMICK, N. (1996): "Libertad, igualdad y nacionalismo", *Sistema* nº 130.

MANCINI, P.S. (1985): "De la nacionalidad como fundamento del Derecho de gentes", en *Sobre la nacionalidad*, Madrid: Tecnos.

MAALOUF, A. (1999): *Identidades asesinas*, Madrid, Alianza.

MANGAS MARÍN, A. (2011): "Kosovo y Unión Europea: una secesión planificada", *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 53.

MANOFF, R.K. (1998): "Telling the Truth to Peoples at Risk: Some Introductory Thoughts on Media and Conflict", paper prepared for "*The Legitimacy of Intervention for Peace by Foreign Media in a Country in Conflict*", July 3-4. (<http://www.bu.edu/globalbeat/pubs/manoff0798.html>).

MARGALIY, A. - RAZ, J. (1990): "National Self-Determination", en *Journal of Philosophy*, nº 87/9.

MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. (1996): "Naciones Unidas y el derecho de autodeterminación", en F.M. MARIÑO (ed.) *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Madrid: Universidad Carlos III.

MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. (2001): "Derechos colectivos y ordenamiento jurídico internacional", en F.J. ANSUÁTEGUI (ed.) *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid: Dykinson.

- MARTÍN HERRERA, D. (2014): "Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio". *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, nº 62 (2).
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (2004): "Las generaciones de derechos humanos", en J. BETEGÓN et al. (coord.) *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MARTÍNEZ DE VALLEJO, B. (1992): "Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual", en J. BALLESTEROS (ed.) *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Madrid: Tecnos.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, J.A. (2007): "La autodeterminación", *Anuario de Derechos Humanos*, nº 8.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. (1992): "Los Derechos Humanos como derechos inalienables", en J. BALLESTEROS, (ed.): *Derechos Humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Madrid: Tecnos.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. (1997): *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. (1998): "Derechos humanos e identidad cultural. Una posible conciliación entre interculturalidad y universalidad", en *Persona y Derecho*, nº38,

- MATVEJEVIC, P. (1993) "Demonios de la destrucción: Yugoslavia", *Revista de Estudios Políticos*, nº 41.
- MEINECKE, F. (1970): *Cosmopolitanism and the National State*, Princeton University Press.
- MERRILL, C. (2001): *Only the Nails Remain: Scenes from the Balkan Wars*, Rowman and Littlefield Publishers: Maryland, EE.UU.
- MEYER-BISCH, P. (1992): *Le corps des droits de l'homme*, Fribourg, Éditions Universitaires.
- MEYERES, D.T. (1985): *Inalienable Rights. A Defense*, Columbia University Press.
- MILLER, D. (1997): *Sobre la nacionalidad. Autodeterminación y pluralismo cultural*, Barcelona: Paidós.
- MILLER, D. (1998): "Secession and the Principle of Nationality", en M. MOORE (ed.) *National Self-Determination and Secession*, Oxford: Oxford University Press.
- MINIC, S. (2017): *La vida y la muerte de Yugoslavia*. Madrid, UNO Editorial.
- MONZÓN, A., "Derechos humanos y diálogo intercultural", en J. BALLESTEROS (ed.): *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Madrid: Tecnos.

MOORE, M. (1997): "On National Self-Determination", *Political Studies* nº 45 (5).

MOORE, M. (1998): "The Self-Determination Principle and the Ethics of Secession" en M. MOORE (ed.) *National Self-Determination and Secession*, Oxford University Press.

MOORE, M. (1998): "The Territorial Dimension of Self-determination", en M. MOORE (ed.) *National Self-determination and Secession*, Oxford: Oxford University Press.

MOORE, M. (2000): "The Ethics of Secession and a Nonnative Theory of Nationalism", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* nº13 (2).

MOORE, M. (2001): *The Ethics of Nationalism*, Oxford: Oxford University Press.

MUGUERZA, J. (1989): "Problemas actuales sobre derechos humanos", en MUGUERZA (et al.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate.

MUHARREMI, R. (2010): "A Note on the ICJ Advisory Opinion on Kosovo", *German Law Journal*, nº 11.

MUSGRAVE, T. (1997): *Self-determination and National Minorities*. Oxford: Oxford University Press.

MUSIL, R. (1992) *Ensayos y conferencias*. Madrid, Visor.

- NIKOLIC, P. (2002): *I sistemi costituzionali dei nuovi stati dell'exYugoslavia*, Turin, Giappichelli.
- NILSSON, J. (2004): "UNMIK and the Ombudsperson Institution in Kosovo: Human Rights Protection in a United Nations 'Surrogate State', *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 22/3, The Hague.
- NÚÑEZ LADEVEZE, L. (2003): "Derechos de los pueblos y derechos humanos", *Revista de Estudios Políticos*, nº 121.
- NÚÑEZ LADEVEZE, L. (2004): "Comunidad, identidad y derechos humanos", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 125.
- NUSSBAUM, M.C. (1997): *Justicia poética*, Barcelona, Andrés Bello.
- NUSSBAUM, M.C. (1999): *Los límites del patriotismo*, Barcelona, Paidós.
- NUSBAUM, M.C. (2014): *Emociones políticas, ¿Por qué el amor es importante para la justicia?*, Barcelona, Paidós.
- OBIETA CHABAUD, J.A. (1985): *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*, Madrid: Tecnos.
- OLLERO TASSARA, A., *¿Tiene razón el derecho?*, Madrid, Tecnos, 2006.
- ORTEGA TEROL, J.M. (2001): *La Intervención de la OTAN en Yugoslavia*, Oviedo, Septem Ed. SL.

- PAPANIKOLATOS N. (1998): 'Hate Speech': (Re)Producing the Opposition Between the National Self and the 'Others', en LENKOVA, M. (Ed.) '*Hate speech*' in the Balkans, *The International Helsinki Federation for Human Rights* (IHF).
- PASTOR RIDRUEJO, J.A. (2007): *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos.
- PAYERO, L. (2015): "El derecho de autodeterminación nacional: ¿un derecho humano?", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 32.
- PAZ, A., (2008): "El caso Kosovo pone en evidencia las falencias del derecho internacional", en *Revista electrónica cordobesa de Der. Int. Púb.*, nº 1.
- PECES-BARBA, G. (1981): "Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales", en AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales*. Universidad de Murcia.
- PECES-BARBA, G. (1995): *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría general*, Madrid: Universidad Carlos III.
- PECES BARBA, G. (2001): "Los derechos colectivos", en ANSUÁTEGUI J. (coord.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Dykinson.
- PEÑA-MARÍN, C. (1995): "Emociones colectivas. Las naciones como verdad y como construcción", en AA.VV., *Visiones el mundo. La sociedad de la comunicación*, Lima, Universidad de Lima-FDE.

- PEREA UNCETA, J. (2011): "Las cuestiones sobre Kosovo que no quiso responder el Tribunal de la Haya" en *Anuario jurídico y económico escurialense* (nº 44).
- PÉREZ LUÑO, A-E. (1998): " La universalidad de los derechos humanos", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 15.
- PÉREZ LUÑO, A-E. (2001a): *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos (7ª ed.).
- PÉREZ LUÑO, A-E. (2001): " Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos", en F.J. ANSUÁTEGUI (ed.) *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid: Dykinson.
- PÉREZ LUÑO, A-E. (2006): *La tercera generación de derechos humanos*, Cizur Menor: Aranzadi.
- PÉREZ LUÑO, A-E. (2007): *Los derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos.
- PÉREZ VERA, E. (1973): *Naciones Unidas y los principios de la coexistencia pacífica*, Madrid, Tecnos.
- PERRIT, JR., HENRY H. (2009): *The Road to Independence for Kosovo: A Chronicle of the Ahtisaari Plan*, Oxford, Oxford University Press.
- PETERS, A. (2011): "Does Kosovo Lie in the Lotus-Land of Freedom?", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 24.

- POMERANCE, M. (1982): *Self-Determination in Law and Practice. The New doctrine in the United Nations*, The Hage/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1990): *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid: Debate.
- PRIETO, L. (1996): "Igualdad y minorías", en L. PRIETO (coord.), *Tolerancia y minorías*, Cuenca, Universidad Castilla-La Mancha.
- PRICE, M.E. (ed.), (2000): "Restructuring the Media in Post-Conflict Societies: Four Perspectives" en *The Experience of Intergovernmental and Non-Governmental Organizations. A Background Paper for the UNESCO World Press Day Conference in Geneva*. (<http://www.cardozo.yu.edu/cojcr>).
- RAMET, S.P. (1997): *Whose Democracy?: nationalism, religion and the doctrine of collective rights in post-1989 Eastern Europe*, Lanham, Rowman&Littlefield.
- RANJEVA, R. (1991): "Les peuples et les mouvements de libération nationale", en M. BEDJAQUI, *Droit international: bilan et perspectives*, Paris: Pedone.
- REAL ALCALÁ, J.A. (2007): *Nacionalismo e identidades colectivas: la disputa de los intelectuales (1762-1936)*. Madrid-Jaén: Dykinson-Universidad de Jaén.
- RECALDE, J. R. (1982): *La construcción de naciones*. Madrid: Siglo Veintiuno.

- REISMAN M. (1999): "Kosovo Antinomies", *American Journal of International Law*, nº 93.
- RELLEEN, K.E. (2003/2004): *Media Relations in Humanitarian Crises: Challenges for Non-Governmental Organisations (NGOs)*, University of Leeds, Institute of Communication Studies, MAIC 2003/2004. (http://ics.leeds.ac.uk/pg-study/mashow/files/Kathy_Relleen.doc).
- REMIRO BROTONS, A. (2000): "Un nuevo orden contra el Derecho Internacional: El caso de Kosovo", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 1.
- REMIRO BROTONS, A. (2008): *Derecho Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch (4ªed.).
- RENAN, E. (1987): "¿Qué es una nación?", en *¿Qué es una nación? Cartas a Strauss*, Madrid: Alianza.
- RIGAUX, F. (1997): "La dimension normative des concepts de peuple et d'Etat dans l'ordre juridique international", en GIESEN, K.G., *L'étique de l'espace politique mondial. Métissages disciplinaires*, Bruxelles, Bruylant.
- RIPOLL, S. (1999): "El Consejo de Seguridad y la defensa de los derechos humanos. Reflexiones a partir del conflicto de Kosovo", *Revista Electrónica de Derecho Internacional*, nº 1.
- RODRÍGUEZ ABASCAL, L. (2000): *Las fronteras del nacionalismo*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- RODRÍGUEZ ABASCAL, L. (2002): "El debate sobre los derechos de grupo", en E. DÍAZ y J.L. COLOMER (eds.) *Estado, justicia, derechos*, Madrid: Alianza.
- RODRÍGUEZ ABASCAL, L. (2003): "On the Admissibility of Group Rights", *Annual Survey of International & Comparative Law*, nº 9 (1).
- RODRÍGUEZ-TOUBES, J. (1995): *La razón de los derechos. Perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos*, Madrid: Tecnos.
- RODRÍGUEZ-TOUBES, J. (2001): "¿Hay derechos colectivos?", en F.J. ANSUÁTEGUI (ed.) *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid: Dykinson.
- RUBIO CARRACEDO, J. (2002): "Ética intercultural", en J. CONILL (coord.), *Glosario para una sociedad intercultural*, Valencia, Bancaja.
- RUBIO PLO, A.R. (2006): "Muerte de una unión de papel y expectativas para los nacionalismos", *Real Instituto Elcano*, ARI, nº 62.
- RUILOBA SANTANA, E. (1979), "Una nueva categoría en el panorama de la subjetividad internacional: el concepto de pueblo", en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Prof. Miaja de la Muela*, vol. I, Madrid, Tecnos.

- RUIZ RODRÍGUEZ, S. (1998): *La teoría del derecho de autodeterminación de los pueblos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RUIZ RODRÍGUEZ, S. (2010) "Democracia y autodeterminación", *Claves de Razón Práctica*, nº 208.
- SALAS, G. (2013)."El concepto de pueblo" en *Revista electrónica Cordobesa de derecho Internacional Público*, nº 1.
- SALAZAR SERANTES, G. (1999): "Los actores políticos en la Europa de fin de siglo", *Hacia un nuevo orden de seguridad en Europa*. Barcelona, Icaria.
- SARTORI, G. (2001): *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid: Taurus.
- SCHNAPPER, D. (1998): *La relation à l'Autre*, París, Gallimard.
- SHORTEN, A. (2008): "Nation and State", en C. MCKINNON (ed.), *Issues in Political Theory*, Oxford University Press.
- SJOVAAG, H. (2005): "*Attached or Detached?*", Department of Information Science and Media Studies at the University of Bergen, Norway. (<http://home.no.net/hsjovaag/master.pdf>)
- SMITH, A. (1991). *The Ethnic Origins of Nations*, Oxford-Malden: Willey-Blackwell.
- SMITH, A. (2009). *Ethno-symbolism and Nationalism*, Abingdon: Routledge.

- SNYDER, L. (1955): *The Meaning of Nationalism*, New York, Ebenstein.
- SOLANA, J. (1999): "OTAN: le baptême du feu", *Politique Internationale. Printemps*, nº 83.
- SOROETA LICERAS, J. (2011): "El derecho a la libre determinación de los pueblos en el siglo XXI: entre la realidad y el deseo", en *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, vol. 1, Vitoria, EH-UPV.
- SOROETA LICERAS, J. (2013). "La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo de 22 de julio de 2010: Una interpretación judicial sui generis para un caso que no lo es. Aplicabilidad de la cláusula de salvaguardia de la resolución 2625(XXV) o de la "secesión", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 25.
- SPAEMANN, R. (1989): *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*, Madrid, Rialp.
- STANISLAO MANCINI, P. (1985): *Sobre la Nacionalidad*. Madrid: Tecnos.
- STAVENHAGEN, R. (2010): *Limpieza étnica. Conceptos y fenómenos fundamentales de nuestro tiempo*, Instituto de Investigaciones Sociales: México, UNAM.
- (http://conceptos.sociales.unam.mx/conceptos_final/445trabajo.pdf).

SULLIVAN, S. (2000): "The case studies: Kosovo", en PRICE, M.E. (ed.), (2000): *Restructuring the Media in Post-Conflict Societies: Four Perspectives. The Experience of Intergovernmental and Non-Governmental Organizations*. A Background Paper for the UNESCO World Press Day Conference in Geneva.

SUMMERS, J.J. (2005): "The Right of Self-determination and Nationalism in International Law", *International Journal on Minority and Group Rights*, nº 12.

SUR, S. (2000): "Aspects de l'intervention au Kosovo", *Annuaire Français de Relations Internationales*, nº 45.

TAIBO, C. (2001): *Guerra en Kosova. Un estudio sobre la ingeniería del odio*, Madrid: Los Libros de la Catarata.

TALAVERA, P. (2005): "Derechos humanos: ¿inalienables o disponibles?" en *Manual de Derechos Humanos*, Pamplona, Thompson-Aranzadi.

TALAVERA, P. (2003): "Nacionalismo, identidad, pluriculturalidad", *Persona y Derecho*, nº 49.

TALAVERA, P. (2006): *Derecho y Literatura*, Granada, Comares.

TALAVERA, P. (2008): "El desafío pluricultural en el estado nacional", *IUS*, nº 22.

- TAYLOR, Ch. (1993): "La política del reconocimiento", en A. GUTMANN (ed.), *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México, F.C.E.
- TAYLOR, Ch. (1996): *Fuentes del yo: la construcción de la identidad moderna*, Barcelona: Paidós.
- TAYLOR, Ch. (1996): "Identidad y reconocimiento", *Revista Internacional de Filosofía Política* nº 7.
- TERUEL LOZANO, G.M. (2017): "El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo". *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 27.
- THIEBAUT, C (1992) *Los límites de la comunidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- THOMPSON, M. (1999): *Forging War, Article 19*, London, Routledge.
- THOMPSON, M. (2000): *Slovenia, Croatia, Bosnia and Herzegovina, Macedonia (FYROM) and Kosovo International Assistance to Media*, Vienna, OSCE Representative on Freedom of the Media.
- TOMUSCHAT, Ch. (1993): "Self-determination in a Post-colonial World", en C. TOMUSCHAT (ed.) *Modern Law of Self-determination*, Dordrecht: Martinus Nijhoff.
- TOMUSCHAT, C. (2006): "Secession and self-determination", en KOHEN, M.G., *Secession: International Law Perspectives*, New York, Harper.

- TONNIES, F. (1979): *Comunidad y asociación*, Barcelona: Península.
- TOURAIN, A. (1997): *Pourrons-nous vivre ensemble? Égaux et différents*, Paris, Fayard.
- TOURAIN, A. (1998): *Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia*, Madrid, Trotta.
- TRBOVICH, A.S. (2008): *A Legal Geography of Yugoslavia's Disintegration*, Oxford University Press.
- TRICOT, R. – SANDER, B. (2011): "Recent Developments: The Broader Consequences of the International Court of Justice's Advisory Opinion on the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo", *Columbia Journal of Transnational Law*, nº 49.
- UBILLOS, J.M. (2009): "La negación de un genocidio no es una conducta punible (Comentario de la STC 235/2007)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85.
- VAN WISSEN, G. (1994): "Estado y nación", en *Communio*, nº 16 (2).
- VASAK, K. (1984): "Pour une troisième génération des droits de l'homme", en SWINARSKI, C. (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire*, Geneve/Le Haye, CIRCR, M. Nijhoff.
- VICENS, J.A. (2008): "Sobre el pueblo como sujeto de derechos", en J. CASAÑAS (ed.) *La autodeterminación de los pueblos*, Barcelona: Icaria.

- VICKERS, M. (1998): *Between Serbs and Albanians. A History of Kosovo*, Nueva York, Columbia University Press.
- VIDMAR, J. (2011): "The Kosovo Advisory Opinion Scrutinized", *Leiden Journal of International Law*, nº 24.
- VILLÁN, C. (1994): "Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena", en *Revista española de Derecho Internacional*, nº 46.
- VILLORO, L. (1995): "Sobre derechos humanos y derechos de los pueblos", *Isonomía*, nº 3.
- VIOLA, F. (1999): *Identità e comunità*, Milano, Vita e Pensiero.
- VIOLA, F. (2000): *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, Giappichelli,
- VIOLA, F. (2001): "Identità personale e diritti", en *Identità e comunità*, Milán, Vita e pensiero,
- VIROLI, M. (1997): *Por amor a la Patria*, Madrid, Acento.
- WALDRON, J. (1996): "Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative", en W. KYMLICKA, (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, University Press

WALL, S. (2007): "Collective Rights and Individual Autonomy", *Ethics*, nº 117 (2).

WELLER, M. (2011): "Modesty Can be a Virtue – Judicial Economy in the ICJ Kosovo Opinion?", *Leiden International Journal of Law*, nº 24.

WELLMAN, C.H. (1999): "Liberalism, comunitarism, and group rights", en *Law and Philosophy*, nº 18 (1).

WILDE, R. (2011): "Self Determination, Secession, and Dispute for Settlement after Advisory Opinion", *Leiden International Journal of Law*, nº 24.

YEE, S. (2011): "Analysis of the Advisory Opinion on Kosovo", *Leiden Journal International Law*, nº 24.

YOUNG, I.M. (1989): "Polity and Groups Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship", *Ethics*, nº 99 (2).

YOUNG, C. (2000): "The Role of the Media in International Conflict", Canadian Institute for Peace and Security, working paper nº 38.

(<http://www.colorado.edu/conflict/peace/example/youn7500.htm>).

ZAGREBELSKY, G. (1995): *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta.

ZEHLE, S. (2004): "Interventionist Media in times of crisis", 2004.

(http://www.sarai.net/journal/04_pdf/04soenke.pdf).

ZIMMERMAN, W. (1995): "The Captive Mind", *The New York Review of Books*, (2).

ZIVKOVIC, I. & POPOVIC, L. (2002): "Report on the Media in the Federal Republic of Yugoslavia", en *OSCE Representative on Freedom of the Media, Freedom and Responsibility: 1999/2000 yearbook of the Representative on Freedom of the Media*, OSCE.

INFORMES

Advisory Committee of the Framework Convention for the protection of the national minorities. ACFC/OP/II/(2005) 004, Estrasburgo, 2 de marzo de 2014.

Belgrade Centre for Human Rights, Human Rights in Yugoslavia Report 2005, Belgrade, 2006.

UK Department for International Development (DFID), *Working with the Media in Conflict and other Emergencies*, 2000.

<http://www.dfid.gov.uk/pubs/files/chad-media.pdf>

HUMAN RIGHTS WATCH. Federal Republic of Yugoslavia: Humanitarian Law Violations in Kosovo. Volume 10, Nº 9, 1998: <http://hrw.org/campaigns/kosovo98/timeline.shtml> [consulta: 19 de diciembre de 2012].

OSCE Representative on Freedom of the Media, Freedom and Responsibility: 2004 yearbook of the Representative on Freedom of the Media, OSCE, 2005.

OSCE Freedom and Responsibility: 2002/2003 yearbook of the Representative on Freedom of the Media, OSCE, 2003.

OSCE Freedom and Responsibility: 1999/2000 yearbook of the Representative on Freedom of the Media, OSCE, 2001.

OSCE, Statement on the March 2004 Kosovo Events at the Permanent Council of 1 April 2004.

Human Rights in Yugoslavia Report 2004, Belgrade, 2005.

Human Rights in Yugoslavia Report 2003, Belgrade, 2004.

Human Rights in Yugoslavia Report 2002, Belgrade, 2003.

Human Rights in Yugoslavia Report 2001, Belgrade, 2002.

Human Rights in Yugoslavia Report 2000, Belgrade, 2001.

Human Rights in Yugoslavia Report 1999, Belgrade, 2000.

Human Rights in Yugoslavia Report 1998, Belgrade, 1999.

INFORME AHTISAARI

http://www.unosek.org/docref/Comprehensive_proposal-english.pdf

INTERIM AGREEMENT FOR PEACE AND SELF-GOVERNMENT IN KOSOVO. 23 de febrero de 1999. CONSTITUCIÓN

http://www.state.gov/www/regions/eur/ksvo_rambouillet_text.html

RESOLUCIONES INTERNACIONALES

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Opinión Consultiva de 21/06/1971, sobre las consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Opinión Consultiva de 16/10/1975, sobre el caso relativo al Sahara Occidental: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Sentencia de 30/06/1995 sobre el caso relativo a Timor Oriental: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1992-1996.pdf.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, 2 de junio de 1999. Legality of Use of Force. Yugoslavia v. United States of America: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=yus&case=114&k=25>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA., 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el Derecho Internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el Derecho Internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Declaración del Vicepresidente, Juez Tomka: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15989.pdf>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el Derecho Internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión disidente del Juez Koroma: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15991.pdf>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Declaración del Juez Simma: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15993.pdf>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el Derecho Internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión separada del Juez Keith: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15995.pdf>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA., 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el Derecho Internacional de la declaración

unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión separada del Juez Sepúlveda-Amor: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15997.pdf>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el Derecho Internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión disidente del Juez Bennouna: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15999.pdf>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el Derecho Internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión disidente del juez Skotnikov: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/16001.pdf>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el Derecho Internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión separada del juez Cançado Trindade: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/16003.pdf>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el Derecho Internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión separada del juez Yusuf: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/16005.pdf>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 22 de julio de 2010. Opinión Consultiva: Conformidad con el Derecho Internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Written Statement of Finland: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15630.pdf>.

CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. Lotus Case (France v Turkey), 7 September 1927, PCIJ Series A, Nº. 10, 18 (1927): http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. (27/09/2006). Naciones Unidas. N° caso IT-00-39. El fiscal contra de Momčilo Krajišnik:
<http://www.derechos.org/nizkor/impu/krajisnik.html>.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. (23/10/2002). Naciones Unidas. N° caso IT-02-54-T. El fiscal contra Slobodan Milošević:
http://www.icty.org/x/cases/slobodan_milosevic/ind/en/mil2ai020728e.html.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (28/05/2004). Naciones Unidas. N° caso IT-04-74. El fiscal contra de Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić y Berislav Pušić:
http://www.icty.org/x/cases/prlic/cis/en/cis_prlic_al_en.pdf.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. (30/11/ 2006). Naciones Unidas. N° caso IT-98-29-A.
<http://www.icty.org/x/cases/galic/acjug/en/galacjud061130.pdf>.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (26/09/2008). Naciones Unidas. N° caso IT-98-34. El fiscal contra Mladen Naletilić y Vinko Martinović:
http://www.icty.org/x/cases/naletilic_martinovic/cis/en/cis_naletilic_martinovic_en.pdf.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ

Dictamen de fecha 20/08/1998, nº del asunto 25506,

<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scccsc/en/item/1643/index.do>.