

III. INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

A) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Coordinación a cargo de

Romualdo BERMEJO GARCÍA
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de León

1. EL ASUNTO ALAKRANA Y LA INADECUACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL AL DERECHO INTERNACIONAL

1. El secuestro del buque español Alakrana por piratas somalíes se convirtió, durante los meses de octubre y noviembre de 2009, en el centro de atención de la política interna española. Más allá de las múltiples dimensiones éticas, políticas y periodísticas, este asunto ha planteado numerosas cuestiones jurídicas, tanto desde la perspectiva del Derecho internacional como del Derecho interno, que vamos a analizar en esta nota, poniendo de relieve las dificultades jurídicas que aparecen en la cooperación internacional contra la piratería en el derecho español.

2. Cabe recordar, en primer lugar y de manera sucinta, los *hechos*. Según consta en los Autos de 5 y de 13 de octubre de la Audiencia Nacional, el 2 de octubre de 2009, a las 7,52 horas se constató el secuestro y apresamiento por un número indeterminado de personas, del pesquero español Alakrana en aguas internacionales del Océano Índico que, reteniendo a sus 36 tripulantes, 16 de ellos de nacionalidad española, mediante amenazas con armas, puso rumbo hacia costas somalíes. El 3 de octubre en una operación de reconocimiento del Alakrana, un avión de patrulla marítima, comprueba que al carguero le falta un esquiife junto a un motor fuera borda y una escala. La mencionada embarcación fue localizada con dos personas a bordo (Cabdullahi Cabduwily, alias Abu Willi, y Ragegesey Hassan Aji, alias Raageggsey Adji Haman) que fueron identificadas como parte del grupo de personas armadas que habían asaltado violentamente el buque Alakrana. Ante la renuencia a entregarse se procedió por parte de los miembros las fuerzas españolas al abordaje del esquiife a las 21 horas del 3 de octubre, que se vieron obligados a realizar dos disparos de intimidación, uno de los cuales produjo herida de bala con orificio de entrada y salida a la altura del pecho sin afectar a órganos vitales.

Mediante el citado Auto de 5 de octubre de 2009 el Juez Garzón, titular del Juzgado de Instrucción número cinco de la Audiencia Nacional, y ante la demanda de la abogacía del Estado, ordena que los dos supuestos piratas de nacionalidad somalí detenidos sean trasladados de forma urgente a España, después de acordar, a la luz de los artículos 503, 504 y 505-5 de la Lecrim, la prisión provisional de los imputados, al considerar que los hechos podrían ser constitutivos de un

delito de asociación ilícita (arts. 515 y 516 del Código Penal), de 36 delitos de detención ilegal (arts. 163 y 164) y de un delito de robo con violencia y uso de armas (art. 242). Además, se estima en el citado Auto que se «impone» la jurisdicción española sobre los hechos al recaer los mismos «en la Ley Orgánica del Poder Judicial», en relación con la Convención de Ginebra sobre Alta Mar de 29 de abril de 1958 (art.19) y el artículo 105 del Convenio de Montego Bay de 10 de octubre de 1982.

Junto a lo anterior, el asunto ha sido célebre también por las «dudas» judiciales suscitadas por la posible minoría de edad de uno de los detenidos. Así, el día 20 de octubre el Juez Pedraz ordenó la libertad de Abu Willy al concluir el informe forense que no podía afirmarse su mayoría de edad. Poco después, el juzgado de menores se inhibió nuevamente a favor de la Audiencia Nacional al entender que no era competente para el conocimiento de los hechos, debido a que dicha persona sí sería mayor de edad según el Informe presentado por el radiólogo José María Abadal, teniendo en cuenta el sistema osteoarticular y la erupción dental de Willy. Al no poderse establecer, con seguridad absoluta, su mayoría de edad y seguir subsistiendo dudas, el juez Pedraz vuelve a devolver la causa al Juzgado de menores, el 23 de octubre. Así las cosas, el 26 de octubre el Juzgado de menores planteó una cuestión de competencia negativa frente al Juzgado Central de Instrucción n.º 1 de la Audiencia Nacional al entender que el encartado era mayor de edad y nuevos informes forenses solicitados por la Audiencia Nacional dictaminaron que Cabdiwelli Cabullahi (Willy) era mayor de edad. Por último, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el 2 de noviembre de 2009 declaró que era competente el juzgado n.º 1 de la Audiencia Nacional, en la cuestión de competencia con el juzgado de menores.

Finalmente, el secuestro terminó, tras el pago de un rescate, el 17 de noviembre de 2009, con la liberación de todos los miembros de la tripulación.

3. El secuestro del Alakrana no fue el primero que ha sufrido un buque español por actos de piratería. Hay que remontarse a la piratería para encontrar abundantes incidentes marítimos de esta naturaleza contra la flota imperial española (tal y como se ha señalado «España padeció singularmente la actividad pirata; fue mas siempre – y eso debería ser timbre de gloria – potencia que padeció, pero no ejercitó la piratería» CORRALES ELIZONDO, A.: «Soluciones jurídicas actuales en relación a la Piratería y otros delitos graves en la mar», asociación de Derecho del Mar. Disponible en: <http://www.asesmar.org.htm>). En otros casos recientes, como el apresamiento del Estai, en los incidentes marítimos de la guerra civil (en la Conferencia de Nyon de 1937 se hacía referencia a los actos de piratería en las costas mediterráneas españolas), o en los incidentes de buques franceses contra pesqueros españoles, en los ochenta, se ha hablado inadecuadamente, por unas u otras razones, de piratería.

Lo cierto es que en la práctica española contemporánea los actos de piratería se han producido esencialmente frente a las costas de Somalia, si bien en la Comunidad Internacional este delito contra el Derecho de gentes ha pervivido siempre, fundamentalmente en los mares de Asia. En la actualidad los actos de piratería en la franja costera de Somalia y en el Estrecho de Malaca son muy habituales, estando secuestrados, a la hora de escribir estas líneas, una docena de barcos y más de doscientas personas, sólo frente a Somalia.

Debe recordarse por lo que a la práctica española se refiere que el 21 de abril del 2008 fue secuestrado el buque atunero *Playa de Bakio*, con una tripulación de 26 personas de los que 13 eran españoles. España envió a aguas somalíes a la fragata Méndez Núñez y tras diversas peripecias y negociaciones diplomáticas realizadas por el Embajador en Kenia así como, al parecer, previo pago de rescate, el secuestro finalizó el 26 de abril.

Más recientemente, y aunque no afectaron a barcos pesqueros españoles sí a las fuerzas españolas, el 7 de mayo de 2009, actos de piratería y bandidaje frente a las costas de Somalia dieron lugar a controvertidas actuaciones judiciales cuando el Petrolero de Flota de la Armada española Marqués de la Ensenada capturó a catorce personas sospechosas de cometer actos de piratería y robo a mano armada (siete al acudir en auxilio de un barco griego con pabellón de

Panamá y otros siete al ayudar a un barco de pabellón de Malta). Se produjo entonces lo que ha sido calificado como «extraño vaivén entre la fiscalía y el Juez instructor» (SOBRINO HEREDIA, J. M.: «La piratería marítima: Un crimen internacional y un galimatías nacional» *REEI*, núm. 17, 2009, disponible en www.reei.org). El Juez Fernando Andreu tras decretar su prisión provisional inicialmente, ordenó, poco después, la libertad provisional de los presuntos piratas ante la petición de la fiscalía, por imperativo legal, a pesar de la gravedad de los hechos que se imputaban a los detenidos (detención ilegal, constitutivos de piratería) y del previsible riesgo de fuga, estimando que no podían ser entregados a Kenia los piratas sin seguir la norma interna española (ley de extradición pasiva, artículo 13 Constitución española, arts. 824 y ss. LEcrim), y que la Decisión del Consejo de la Unión Europea no podía afectar a un procedimiento judicial abierto por la jurisdicción española, ante delitos muy graves. Finalmente, el Juez cambió de parecer a instancias del Ministerio Fiscal y autorizó la entrega a Kenia de los presuntos piratas en virtud del Acuerdo celebrado entre este Estado y la Unión Europea, una vez que ambas partes entendieron que se trataba de un verdadero tratado internacional que ya estaba desplegando sus efectos.

4. En este sentido, la piratería en el Golfo de Adén ha llevado a la adopción de una serie de decisiones por el *Consejo de Seguridad de Naciones Unidas* y, en consecuencia de las mismas, por la Unión Europea. De un lado, el Consejo de Seguridad, sobre la base del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, ha adoptado una serie de Resoluciones, comenzando por la 1816 (2008) que establecen medidas para hacer frente a los actos de piratería y robo a mano armada cometidos contra buques tanto en las aguas territoriales como en alta mar frente a la costa de Somalia. Así, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta, se autoriza [inicialmente por un periodo de seis meses y ampliado después por doce meses más en la Resolución 1846 (2008)] a los Estados y a las Organizaciones Internacionales a llevar a cabo, en las aguas territoriales de Somalia, los mismos actos para reprimir la piratería que el Derecho internacional permite para la alta mar.

En definitiva, el Consejo de Seguridad ha establecido un marco por el que los Estados, en colaboración con el Gobierno Federal de Transición de Somalia y según lo establecido en el Derecho internacional para la alta mar, podrán ejercer las medidas necesarias, incluido el uso de la fuerza, para reprimir los actos de piratería y de robo a mano armada. Tal y como se ha señalado, en esas aguas territoriales, donde Somalia ejerce, al menos formalmente, su soberanía, los actos de bandidaje no podrán ser calificados como de piratería, al no tratarse de alta mar, y por ello se emplea la expresión «robo a mano armada» y es en estos espacios donde de forma especial «cobra sentido la intervención del CdS, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta, por entender que la situación en las aguas del MT y la ZEE de Somalia constituye una amenaza para la paz y seguridad internacionales en la región» (JIMENEZ PIERNAS, C.: «Actos de piratería y bandidaje cometidos frente a las costas de Somalia: análisis desde el derecho internacional», *ARI* número 168/2008, Real Instituto Elcano, p. 4).

Además, mediante la resolución 1851 (2008) se autoriza, durante el mismo período y en los mismos términos que la Resolución 1846 (2008) a «los Estados y las organizaciones regionales que cooperan en la lucha contra la piratería y el robo a mano armada en el mar frente a las costas de Somalia y respecto de los cuales el Gobierno Federal de Transición haya notificado previamente al Secretario General» a tomar medidas incluso en el territorio de Somalia.

Junto a lo anterior, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas insta a los Estados a que cooperen entre sí y con la OMI para luchar contra la piratería tanto en las aguas territoriales de Somalia como en la Alta Mar frente a la Costa de Somalia en particular para determinar la jurisdicción así como en la investigación y el enjuiciamiento de los responsables de actos de piratería. Este *exhorto* a que los Estados cooperen para decidir quien tiene jurisdicción se dirige, sobre todo, a los Estados del pabellón, del puerto y ribereños, así como a los Estados de nacionalidad de las víctimas y los autores, pero también «a otros Estados que tengan la jurisdicción pertinente en virtud del Derecho internacional y la legislación nacional».

5. El Consejo de Seguridad ha puesto énfasis, en las citadas Resoluciones, en la necesidad de que las organizaciones regionales colaborasen con las Naciones Unidas en ese ámbito. Y, en este sentido, en el marco de la Acción Común 2008/851/PESC del Consejo de la UE, de noviembre de 2008, relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia pone en marcha la llamada operación «Atalanta», que opera «en apoyo de las Resoluciones 1814 (2008), 1816 (2008) y 1838 (2008) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) de manera conforme a la acción autorizada en caso de piratería en aplicación de los artículos 100 y siguientes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar».

El 6 de marzo de 2009 la Unión Europea y el Gobierno de Kenia celebraron un *canje de notas sobre las condiciones y modalidades de entrega de personas sospechosas de haber cometido actos de piratería, y detenidas por la fuerza naval EUNAVFOR dirigida por la Unión Europea, así como de las propiedades incautadas en posesión de EUNAVFOR, de EUNAVFOR a Kenia y con vistas a su trato después de la entrega* (DOUE L 79, de 23 de marzo de 2009). Mediante Decisión 2009/293/PESC, de 26 de febrero de 2009, el Consejo de la UE autorizó este canje de notas constitutivo de acuerdo (se trata, por tanto, de un Tratado internacional), y dispuso su aplicación provisional desde la fecha de su firma. Esto último implica que el Acuerdo ha comenzado a desplegar sus efectos desde la citada fecha y lo continuará haciendo hasta su entrada en vigor. Como se sabe, el recurso a la institución de la aplicación provisional de un tratado está contemplado en la propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 25.1, y no constituye un mero «compromiso» sino la observancia de las disposiciones del Acuerdo antes de su entrada en vigor, *por extraordinaria y urgente necesidad*, lo que supone un remedio útil para «superar la contradicción entre la lentitud del proceso interno de formación de la voluntad de los sujetos y la conveniencia de una inmediata operatividad de todas o algunas de las cláusulas convencionales» (REMIRO BROTONS, A.: *Derecho Internacional Público. 2 Derecho de los tratados*, Tecnos 1987, p. 249). En este caso, la decisión de incluir la aplicación provisional fue competencia de la Unión y se entiende que la misma produce efectos sin necesidad de que los Estados miembros realicen actos al respecto.

Se trata, por tanto de un Tratado internacional celebrado en el marco del artículo 24 del Tratado de la Unión Europea, si bien el propio apartado 5 del citado artículo 24 del Tratado de la Unión Europea contempla que, por afectar a materias sensibles para las relaciones internacionales de los Estados miembros como a sus principios constitucionales, estos pueden manifestar, en el momento de la adopción de los tratados celebrados en este marco, que precisan de trámites internos para poder aceptar su obligatoriedad. En este sentido, España se reservó expresamente el derecho a seguir la correspondiente tramitación interna por estimar que el Acuerdo afecta a materias contempladas en el párrafo 1 del artículo 94 de la Constitución Española y que, por tanto, necesitan la previa autorización de las Cortes (así, el Consejo de Ministros remitió el acuerdo a las Cortes, cuya autorización ha concluido definitivamente el 18 de noviembre de 2009).

Sería conveniente analizar con mayor profundidad –algo que excede del objeto de esta simple nota– algunos aspectos de la situación comentada, entre los que cabe destacar el análisis de la competencia de la UE para la celebración del acuerdo y, fundamentalmente, el procedimiento interno seguido por el Gobierno español al traer un acuerdo de la Unión Europea, que no es mixto, a la tramitación interna del artículo 94 de la Constitución española. Es un fenómeno de riesgo que está empezando a proliferar mostrando nuevas fórmulas de resquebrajamiento de los conocidos repartos competenciales entre la Unión Europea y sus Estados miembros, lo que no es ajeno a la situación de excepción que se produce en la lucha internacional contra la piratería y de los actos del Consejo de seguridad, entre otros elementos. Además, la celebración de un acuerdo por la UE, de naturaleza pura, sobre materias no cedidas previamente es un fenómeno jurídico que debería ser, si no regulado, al menos sí «regularizado» para que no sea

utilizado en otros casos, de manera inadecuada, con objeto de escapar del control parlamentario o, en la medida de lo posible, de la opinión pública.

En todo caso, al amparo de este Canje de Notas constitutivo de Acuerdo, que ya había comenzado a desplegar sus efectos en el momento de producirse el secuestro, las fuerzas de los Estados miembros y, en particular, las españolas que participan en la Operación de EUNAVFOR, tenían la cobertura jurídica necesaria para apresar y detener a las personas sospechosas de cometer actos de piratería frente a las Costas de Somalia con el fin de entregarlos a las autoridades competentes de Kenia, que a su vez hubieran debido actuar de conformidad con las garantías establecidas en el mismo, especialmente en lo que respecta al respeto de los derechos humanos de los detenidos, de conformidad con las normas internacionales de Derechos Humanos.

6. El asunto Alakrana pone de relieve otros problemas de adecuación jurídica. En primer lugar, la *cuestión de la adecuación del derecho interno español al Derecho internacional en cuanto a la tipificación del crimen de piratería*. No cabe duda de que los hechos arriba narrados son constitutivos de un crimen de piratería. Cabe recordar, a este respecto que, según el Derecho internacional tal y como queda definida por el artículo 101 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, constituyen piratería aquellos actos ilícitos de violencia y detención o aquellos actos de depredación cometidos con un propósito privado por tripulantes o pasajeros de un buque privado contra otro buque o aeronave o contra las personas o bienes a bordo de los mismos, en alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado. A este *tipo principal*, se añaden los *tipos complementarios* de participación voluntaria en las actividades de un buque pirata y el de complicidad en los actos citados. Por tanto, es evidente que el secuestro del pesquero y de la tripulación constituye un acto de piratería ya que además, según consta en los autos de la Audiencia Nacional, el barco se encontraba en aguas del Océano Índico y su secuestro se produjo por parte de un grupo armado de personas mediante el uso de la fuerza y la intimidación con la intención *personal* de obtener un rescate del armador del barco a cambio de la liberación de los pescadores secuestrados.

Sin embargo, como se ha apuntado arriba, para el Juez Instructor los hechos fueron calificados de delitos de asociación ilícita (arts. 515 y 516 del Código Penal), 36 delitos de detención ilegal (arts. 163 y 164) y de un delito de robo con violencia y uso de armas del 242. Por su parte, para la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, tal y como consta en Auto de 2 de noviembre de 2009 (Cuestión de Competencia, expediente gubernativo 24/2009) los actos podían constituir delito de secuestro (art. 164, en relación con el 163) y de asociación ilícita (art. 515). No obstante lo anterior, la Sala manifestó que «para el Derecho internacional se trataría de un delito de piratería, que contempla el apoderamiento de un buque o el ejercicio de control sobre el mismo mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación en el texto del artículo 3 del *Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima* de 10 de marzo de 1988, también cualquier acto de violencia, detención o depredación cometidos contra un buque, como dice el artículo 101 de la *Convención sobre el Derecho del mar* de 10 de diciembre de 1982». Así pues, la propia Audiencia Nacional califica los hechos ocurridos en el secuestro del Alakrana como constitutivos de delitos de piratería sobre la base de lo dispuesto en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (conocido por sus siglas en inglés como SUA) que, sin embargo, reprime, junto a su Protocolo, actos ilícitos en el mar, distintos de la piratería, que obliga a los Estados partes a tipificar (tales como el apoderamiento ilícito de aeronaves, actos de violencia contra las personas en los buques y la destrucción de buques o los daños a los buques y su carga); así como en la Convención sobre el Derecho del Mar de las Naciones Unidas, que, como se ha señalado arriba, sí se ocupa expresamente de la piratería. Sin embargo, como se ha apuntado, a los presuntos piratas no se les imputan delitos de piratería, ya que, como es sabido, si bien el delito de piratería existía en el Código Penal de 1973 (art. 138 del Título dedicado a los delitos contra la seguridad exterior del Estado) y en la Ley

Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 1955, se produce lo que ha sido calificado con acierto como «imperdonable laguna», ya que el Código Penal de 1995 no tipifica el delito de piratería probablemente porque, con la derogación de la citada Ley de Puertos y Marina Mercante «el legislador penal ordinario no cayó en la cuenta de la atipicidad de algunos delitos náuticos» (RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L.: «La represión del crimen internacional de piratería; una laguna imperdonable de nuestro Código Penal y, ¿por qué no?, un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional», *ARI* núm. 73/2009, p.4).

El Gobierno, con buen criterio, ha decidido subsanar este *olvido* volviendo a incluir la tipificación de los actos de piratería en el Ordenamiento jurídico español mediante el *Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal*, que reintroduce el delito de piratería en el título dedicado a los delitos contra la Comunidad Internacional (si bien la Exposición de motivos del Proyecto de Ley habla de «la creación de un nuevo delito de piratería»), que actualmente se encuentra en fase de presentación de enmiendas en las Cortes (BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, serie A, núm. 52.1, de 27 de noviembre de 2009. Iniciativa 121/000052). En cualquier caso, hasta que este Proyecto de Ley pueda entrar en vigor, los Jueces, para mantener la causa en España, han venido empleando el subterfugio de atribuirse jurisdicción atendiendo al delito de piratería tal y como se contempla en el Derecho internacional, para después imputar a los detenidos delitos distintos.

Hay autores que defienden que la tipificación de la piratería en el Código Penal Español, siendo realmente deseable no es necesaria, ya que «este silencio que no implica, desde luego, que nuestros Tribunales no puedan conocer y perseguir delitos de piratería, tanto si el sujeto pasivo del delito es súbdito español, como si es extranjero, según los principios de jurisdicción penal universal. Otros delitos de las mismas características, asimismo contemplados en el artículo 23 de la L.O.P.J. de 1985, también pueden ser perseguidos por esa vía (genocidio, terrorismo, falsificación de moneda extranjera, relativos a la prostitución y tráfico de drogas, previstos en los apartados a), b), d), e) y f) del artículo 23.4 LOPJ y tienen su regulación en nuestro derecho interno, al menos en sus tipos más representativos» (CORRALES ELIZONDO, A., *Loc. Cit.*, p. 15).

En nuestra opinión fue un fallo imperdonable y carente de justificación extraer del Código Penal el delito de piratería. No vamos a entrar, sino meramente a apuntar una cuestión muy espinosa entre el Derecho internacional y el derecho interno, relativa al choque que se produce en estas situaciones entre el principio de legalidad penal y el principio de autonomía en la tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad y los *delicta iuris gentium*. Cabe recordar que en el presente asunto, o en otros muchos como la persecución de los crímenes en Argentina o a Pinochet, se utiliza el principio de jurisdicción universal para perseguir tipos penales que no coinciden con las conductas. Así, en el caso ahora comentado no se les juzga por piratería, como tampoco se persiguió por crímenes contra la humanidad a Pinochet, o a los responsables de la represión en Argentina, entre otras muchas inadecuaciones que cabría resaltar. Esas interpretaciones no eran acordes con el principio de tipicidad penal ni desde el punto de vista del Derecho interno ni del Derecho internacional, pero se siguió el único camino posible desde la perspectiva de la dogmática penalista española para evitar la escapatoria del castigo. En ese sentido, no se fue purista ni dogmático al interpretar el derecho español, como sí se está siendo por la doctrina y por los tribunales españoles, fundamentalmente el Tribunal Supremo, al evitar cualquier atisbo de aplicación de la costumbre internacional en el Derecho español, al no ser *lex scripta*, debate científico sobre el que no vamos a entrar, por exceder de una simple nota. Se trata a la costumbre como si no fuese derecho aplicable al tiempo que se aplican tipos penales para perseguir conductas que no encajan en ellos, se mire como se mire.

7. Otra cuestión jurídica de gran relevancia es la *a quién corresponderá la jurisdicción para conocer de estos actos y de si España puede ceder su jurisdicción a un tercero*. Cabe recordar que en el célebre *Asunto Lotus* (sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, de 7 de octubre de 1927, CPJI, serie A, n.º 10) se planteaba si Turquía tenía competen-

cia para iniciar un procedimiento penal contra el oficial francés que estaba al mando del navío francés (Le Lotus) que había abordado en alta mar a un navío de pabellón turco (Le boz Turc), y luego había ido a Estambul (donde Francia defendería la falta de competencia de Turquía). Se trataba, en definitiva, de determinar jurídicamente quién establecía el marco y los límites de las competencias y de la jurisdicción de los Estados. El TPJI indicó, en aquel momento, que las limitaciones a la independencia no se presumen, en el marco de la tensión entre la teoría de las competencias y la teoría de que sólo las reglas del Derecho internacional basado en la voluntad de los Estados limitan su voluntad, en una posición muy clásica.

En el Caso del Buque Alakrana, la Audiencia Nacional ha basado la competencia de los tribunales españoles en dos bases jurídicas: así por un lado, sobre la base del principio de soberanía enunciado en el artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer los hechos porque los mismos se cometieron a bordo de un buque español; pero, por otra parte, se alega en las resoluciones judiciales sobre el Alakrana también la jurisdicción contemplada en el apartado cuarto de ese mismo precepto de la LOPJ para actos de piratería «puesto en relación con las disposiciones de Derecho internacional».

En esta línea, el artículo 105 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar *faculta* a los Estados (y a España como Parte de la misma) a apresarse un buque o aeronave pirata en alta mar y a ejercer la jurisdicción sobre el mismo. Pero debe recordarse que la Convención sobre el Derecho del Mar no impone la obligación de ejercer la jurisdicción, sino que se trata de una potestad (el artículo 105 emplea expresamente la expresión *puede apresar*) que exigiría la atribución expresa de jurisdicción a los tribunales y la tipificación del delito de piratería para poder imponer debida pena en cumplimiento del principio de legalidad. En el caso de España, hasta la fecha sólo se cumple la primera de las exigencias. De nuevo aquí los órganos judiciales españoles han interpretado con una laxitud que debe ser bienvenida el Derecho aplicable, pues tanto en relación con la jurisdicción como fundamentalmente con la tipicidad la interpretación del principio de legalidad no tiene porqué ser estricta para ser igualmente garantista. En el derecho interno (*nullum crime nulla poena sine lege*) la interpretación puede ser diferente al Derecho internacional (*nullum crim nulla poena sine iure*), pues en este caso se carece del instrumento de la ley y de un legislador central (como tampoco hay un juez o un gobierno central). En otro caso nos encontramos con la ironía histórica de que el principio de legalidad, inicialmente creado en la revolución francesa para frenar el poder absolutista frente al ciudadano se convierta en el elemento que permita al poder absolutista actual, que siempre tiene más poder que el individuo, actuar con absoluta impunidad ante los vacíos legales. Es evidente que hay que tener cuidado con no invertir en 180 grados la interpretación de principio tan garantista en materia de derechos humanos, si bien es un debate en el que hay posiciones difíciles de cambiar.

En todo caso la jurisdicción basada en el Derecho internacional no es automática y no viene, como afirman expresamente las Resoluciones de la Audiencia Nacional *impuesta*. Ni siquiera por parte de la Acción Común 2008/851/PESC, que *faculta* a los Estados que no pueden o no desean ejercer su jurisdicción a entregar las personas sospechosas de haber cometido actos de piratería a un Estado miembro o a un tercer Estado que desee ejercerla.

Así pues, a diferencia de la reciente reforma sobre jurisdicción universal, en el Derecho internacional no se exige el vínculo de nacionalidad para ejercer jurisdicción sobre piratas internacionales, si bien en el caso Alakrana existe dicho vínculo. España tiene jurisdicción en materia de piratería en tanto que *delicta iuris gentium*, es decir, un delito contra el derecho de gentes cuya tipificación en el Derecho internacional es consuetudinaria y de larga data, por un lado, y frente a la cual también está asentado en el derecho consuetudinario la jurisdicción *uti universi* o universal no tanto por la defensa del interés nacional basada en que el buque es español (el Alakrana) o sus tripulantes también, cuanto en la medida en que se está persiguiendo un delito universal y sobre la base, entre otros, del artículo 100 C. Montego Bay que impone a los Estados la obligación de cooperar en la represión de la piratería.

En el caso del Alakrana nos encontramos con que la detención o bien se produce en aguas bajo jurisdicción somalí, caso especial de un Estado en *faillite* que ha aceptado –según ha indicado el Consejo de Seguridad– que otros Estados ejerzan su jurisdicción en sus aguas, o bien ésta se ha ejercido en alta mar –donde la tiene cualquier Estado–, en virtud del DI. De tal modo que la actuación de España al apresar o detener a piratas, sea donde fuere, es conforme con el Derecho internacional.

Ahora bien, parece claro que España tiene jurisdicción pero no ha cumplido actualmente la exigencia de tipificación. Exigencia que menciona expresamente al apartado 4 del artículo 23 de la LOPJ cuando establece la competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos constitutivos de delitos de piratería y de apoderamiento ilícito de aeronaves «susceptibles de tipificarse, según la ley penal española» como tales. Por tanto, una solución para evitar lagunas y la consiguiente impunidad de las personas sospechosas de cometer actos de piratería, es establecer acuerdos de cooperación y asistencia jurídica internacional que permitan la entrega de personas apresadas a otros Estados que, como señala el artículo 12 de la Acción Común 2008/851/PESC estén en condiciones de ejercer su jurisdicción y cuenten con la necesaria tipificación de las conductas.

La cuestión que debe plantearse a continuación es la de si España puede ceder su jurisdicción a otro Estado para que éste la ejerza o, en sentido contrario, si España viola el Derecho internacional o el derecho nacional en el supuesto en que considere que no debe ejercer su jurisdicción –que la tiene– por considerar –aunque sea por criterios de oportunidad– que existe otra jurisdicción con igual o mejor pretensión, complementaria de la española.

Al margen de que España ha celebrado numerosos Tratados en los que se ceden competencias jurisdiccionales, como se ha señalado antes, a diferencia de lo expresado en las Resoluciones de la Audiencia Nacional en el asunto Alakrana, ninguna norma internacional obliga a España a «retener su jurisdicción». Cabe concluir, por tanto, que España está plenamente facultada para entregar a los «presuntos piratas» a otro país, en virtud del artículo 12 de la citada *Acción común 2008/851/PESC del Consejo, de 10 de noviembre de 2008 sobre la operación militar de la Unión Europea* que se basa jurídicamente en las disposiciones sobre Política exterior y de seguridad común de la Unión Europea y que encuentra su base jurídica en los artículos 14 (relativo a acciones comunes del Consejo, acciones operativas de la UE en política exterior), 25-3 (operaciones de crisis de la UE) y 28-3 (gastos operativos corren a cargo de los Estados miembros) del Tratado de Niza. Lo cierto es que entre el artículo 12 y su base jurídica el vínculo es difícil de establecer, pero así es la política internacional. Además, debe señalarse que gran parte de la PESC está al margen de la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, o de sus Estados miembros, aunque no *in toto*, sí en gran medida, lo que no deja de plantear, en el fondo, problemas de legalidad que no abordaremos aquí por escapar de la cuestión planteada.

En todo caso, la consideración de la situación en Somalia y, por extensión, en el mar frente a sus costas como una amenaza a la paz internacional, en virtud de la calificación reiterada del Consejo de Seguridad en diversas resoluciones, parece situar la cuestión de los actos de piratería y bandidaje y la persecución de los autores de estos actos en un derecho de excepción en el que todo puede ser posible, al menos desde la perspectiva internacional y europea. Al llegar a casa, sin embargo, nos volvemos a la interpretación clásica e inadaptada tanto a la creciente cooperación internacional como a la urgencia y la excepcionalidad de lucha contra situaciones como las de Somalia.

Carlos Ramón FERNÁNDEZ LIESA

Universidad Carlos III

Pilar TRINIDAD NÚÑEZ

Universidad Rey Juan Carlos

2. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SUDÁN: EL MANDATO DE DETENCIÓN PARA OMAR AL BASHIR

La orden de detención de Omar Al Bashir presidente de Sudán es el resultado del caso sobre Darfur (Sudán) que remitió el Consejo de Seguridad a la Corte Penal Internacional (CPI). El mandato de la Corte hace que surjan, entre otras, algunas interrogantes sobre la competencia de la CPI para conocer del caso, sobre el papel del Consejo de Seguridad en la activación de dicha competencia y sobre la inmunidad como expresión de la soberanía e igualdad de los Estados. Aspectos que serán brevemente tratados dado la naturaleza del presente trabajo.

La creación de la CPI ha sido uno de los logros más importantes del siglo XX en la protección del ser humano y su dignidad, así como en la lucha contra la impunidad. Su Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002. Lo han ratificado 110 Estados, entre los cuales no se incluye Sudán y por ende no es parte de la CPI. Conforme al Estatuto de la Corte, las condiciones previas para el ejercicio de su competencia radican en que el Estado sea parte del Estatuto y con ello acepta la competencia de la Corte respecto a los crímenes referidos en el artículo 5 (art. 12 del Estatuto de la CPI) o cuando han aceptado la competencia de la Corte conforme al párrafo 3 del artículo 12: «Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX». El Estado de Sudán no se encuadra en ninguno de dichos casos. Entonces cabe preguntarse si ¿este tribunal tiene competencia para conocer de crímenes sucedidos en Sudán y para juzgar a una persona cuyo Estado no ha ratificado el Estatuto?

En primer término hay que señalar que conforme al artículo 13 del Estatuto, la CPI podrá ejercer su competencia respecto de los crímenes de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, siempre y cuando un Estado parte, o el Consejo de Seguridad remitan al fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes, o que el fiscal inicie de oficio una investigación. En su momento, Uganda, República Democrática del Congo y República Centroafricana lo han hecho sobre situaciones de crímenes internacionales sucedidos en sus territorios (los primeros casos conocidos por la Corte y remitidos por los propios países).

En el caso de Darfur el Consejo de Seguridad, en mérito a las conclusiones de la Comisión Internacional de Investigación de Naciones Unidas sobre la situación de Darfur creada en octubre de 2004 mediante la Resolución 1564, con fecha 31 de marzo de 2005 aprobó la Resolución 1593 que le permite remitir la situación de Darfur a la fiscalía de la CPI, actuando con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (Amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión), pero, como es lógico, se limita a remitir la situación de Darfur y no identifica al o los presuntos autores de dicha situación, menos aún solicita la detención, por cuanto el ejercicio de la acción penal le corresponde al Fiscal.

Conforme al artículo 19 del Estatuto, «La Corte se cerciorará de ser competente en todas las causas que le sean sometidas...», la Corte se declara competente.

Tras dos años de investigación, en mayo de 2007, la CPI emite las primeras órdenes de arresto contra algunos líderes de Sudán, como el ex viceministro del Interior y el líder de la milicia Janjaweed. Al año siguiente, 2008, el Fiscal concluye que existen indicios razonables para creer que Omar Al Bashir debe responder penalmente por tres delitos de competencia de la Corte y solicita su captura.

La Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI (la Sala), luego de examinar la solicitud de la fiscalía, presentada el 14 de julio de 2008, en el expediente de la situación de Darfur, por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, donde solicita se dicte una orden de detención contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir, consideró que hay motivos razonables para creer que Omar Al Bashir es penalmente responsable conforme al artículo 25.3.a del Estatuto en calidad de autor indirecto, o en calidad de coautor indirecto por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, y que su detención es necesaria con arreglo al artículo 58.1.b del Estatuto, es decir, para asegurar su comparecencia en el juicio. La Sala se pronunció sobre dos de los tres crímenes que denunciaba el Fiscal, desestimó el cargo de genocidio al no encontrar una clara intención para destruir y exterminar a una parte de la población.

La Sala cree que existen motivos razonables para señalar que desde marzo de 2003 hasta por lo menos el 14 de julio de 2008, existió en Darfur un conflicto armado prolongado sin carácter internacional (artículo 8.f.2 del Estatuto) entre el Gobierno de Sudán y varios grupos armados organizados, en especial, el Movimiento y Ejército de Liberación del Pueblo Sudanés y el Movimiento Justicia e Igualdad. Además, considera que hay motivos razonables para creer que al tiempo del ataque al aeropuerto de El Fasher en abril de 2003, el Gobierno del Sudán emitió un llamamiento general para la movilización de las milicias Janjaweed en respuesta a las actividades de los grupos mencionados y otros grupos armados de oposición en Darfur, y desde entonces, por conducto de las fuerzas del Gobierno de Sudán, incluidas las Fuerzas Armadas sudanesas y sus aliados las milicias Janjaweed, la Fuerza de Policía sudanesa, el Servicio Nacional de Inteligencia y Seguridad y la Comisión de Ayuda Humanitaria, llevó a cabo una campaña de contrainsurgencia en toda la región de Darfur contra dichos grupos de oposición, que ha continuado hasta la fecha de presentación de la solicitud por la Fiscalía.

En este contexto señala que hay motivos razonables para creer que una de esas campañas fue el ataque ilícito a la parte de la población civil de Darfur –en gran medida perteneciente a los grupos Fur, Masalit y Zaghawa– a los que el Gobierno consideraba como próximos a la oposición. En conclusión, para la Sala, como parte de la campaña de contrainsurgencia del Gobierno de Sudán, se cometieron crímenes de guerra en el sentido de los incisos i) y v) del apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto. Es decir, por dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades, y por atacar y bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares.

La Sala también considera que el ataque ilícito a esa parte de la población civil de Darfur era sistemático y generalizado, ya que afectaba a centenares de miles de personas y se llevó a cabo en grandes porciones del territorio de la región Darfur. Señala que hay motivos razonables para considerar que las fuerzas del Gobierno de Sudán sometieron a miles de civiles, principalmente pertenecientes a los grupos Fur, Masalit y Zaghawa, en toda la región de Darfur, a actos de asesinato, exterminio, traslado forzoso, tortura y violación. En conclusión, la Sala considera que hay motivos para creer: que las fuerzas de Gobierno, mencionadas anteriormente, cometieron crímenes de lesa humanidad (artículo 7.1.a, b, d, f, g) en toda la región de Darfur, y que Omar Al Bashir, presidente de *jure* y *de facto* del Estado de Sudán y Comandante y jefe de las Fuerzas Armadas sudanesas desde marzo de 2003 hasta el 14 de julio de 2008, ha coordinado junto con otros dirigentes políticos y militares de alto rango, el diseño y la aplicación de la campaña de contrainsurgencia.

Además, determinó alternativamente que existen motivos razonables para creer que el papel de Omar Al Bashir iba más allá de la coordinación del diseño y la aplicación del plan común, tenía el control absoluto de todas las ramas del «aparato» del Estado de Sudán y utilizó ese control para asegurar la aplicación del plan común. En definitiva, en este contexto, para la Sala hay motivos razonables para creer que es penalmente responsable como autor indirecto, o en calidad de coautor indirecto conforme al apartado a) del párrafo 3 del artículo 25 del Esta-

tuto, que establece claramente que de conformidad con el Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de competencia de la Corte, quien cometa un crimen por sí solo o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable. Para la Corte, el presidente se ha servido del aparato del Estado en su conjunto, por cuanto es el que tiene el poder absoluto sobre las distintas fuerzas, incluido el ejército.

En consecuencia, en mérito al artículo 58.1 del Estatuto, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI, tras examinar la solicitud y las pruebas presentadas, el 4 de marzo de 2009, ordena la detención de Omar Hassam Ahmad Al Bashir, por considerarla necesaria para asegurar su comparecencia ante la Corte, para que no obstruya ni ponga en peligro la investigación en curso de los crímenes de los que supuestamente es responsable, y para que no siga cometiendo dichos crímenes.

Se trata de una detención preventiva cuyo fin es asegurar la comparecencia en el juicio y su realización sin interferencias. En este contexto sería conveniente el análisis teniendo en cuenta la inmunidad como expresión de la soberanía e igualdad de los Estados. De la decisión no se advierte ninguna referencia a la inmunidad *ratione materiae* ni *ratione personae* que se pudiera aplicar o no al caso. Desde luego, el avance en el reconocimiento de la responsabilidad internacional del individuo por determinados crímenes constituye cada vez más un límite al alcance de las inmunidades jurisdiccionales. Asumiendo el principio de la improcedencia del cargo oficial, cuando se trata de crímenes como los señalados por la Sala, no cabría plantear la inmunidad *ratione materiae*, por cuanto estos crímenes constituyen una excepción a la aplicación de esta inmunidad (cfr. CASSESE, A. *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 265-268). Pero no sucede lo mismo con la inmunidad *ratione personae* otorgada a los jefes de Estado, de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores en virtud del cargo que desempeñan. La jurisprudencia de la CIJ ha señalado que estas autoridades en funciones gozan de inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad (cfr. Asunto relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000, República Democrática del Congo contra Bélgica, *I.C.J. Reports* 2002).

La CPI, probablemente consciente de las dificultades en la ejecución de su decisión, solicitó a todos los Estados partes en el Estatuto de Roma, a los dos días de la orden de detención, a través de la ICC-02/05-01/09 de fecha 6 de marzo, la colaboración en la detención y entrega de esta persona. Dicha solicitud está expresamente reconocida en el Estatuto, así como la obligación de los Estados partes de cooperar plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia (art. 86). El Estatuto también autoriza a la Corte a invitar a cualquier Estado que no sea parte a prestar cooperación internacional y asistencia judicial sobre la base de un arreglo especial, sea a través de un acuerdo con dicho Estado o de cualquier otra forma. Así, sus actuaciones no se limitan al territorio de los Estados partes, sino que pueden extenderse al territorio de cualquier Estado, previo acuerdo especial (art. 4.2).

El artículo 89.1 del Estatuto se refiere a la «Entrega de personas a la Corte», e indica que la Corte puede transmitir, con los antecedentes que la justifiquen, una solicitud de detención y entrega de una persona a todo Estado en cuyo territorio pueda hallarse y solicitará la cooperación de ese Estado. Este artículo señala que los Estados partes cumplirán las solicitudes de detención y entrega conforme con las disposiciones de esta parte del Estatuto y el procedimiento establecido en su derecho interno. Desde luego, los únicos que están obligados legalmente son los Estados Partes, y más allá de éstos sólo podrán hacerlo los Estados como un acto de responsabilidad moral y cooperación en la lucha contra la impunidad. No hay que olvidar que forman parte de un instrumento internacional y asumir la competencia contenciosa de los tribunales internacionales es un acto unilateral y discrecional de los Estados.

La Sala en la solicitud de colaboración a los Estados partes, en caso de detención y entrega, pide se garantice la seguridad hasta su entrega definitiva a la secretaría de la Corte; y conforme al artículo 87.4, podrá adoptar las medidas necesarias para proteger la seguridad y el

bienestar físico o psicológico de las víctimas, los posibles testigos y sus familiares. Llama la atención que sólo haga referencia a garantizar su seguridad, y no así a brindar las garantías judiciales o el debido proceso que se le reconoce a toda persona a través de los diversos instrumentos jurídicos internacional (arts. 55 y 67 del Estatuto de la CPI) desde el momento de su detención y durante la investigación, por ser un derecho fundamental con el que debe contar cualquier persona, al margen de la gravedad del ilícito que se le impute.

La orden de detención seguirá en vigor mientras la Corte no disponga otra cosa (art. 58.4 del Estatuto) o el Consejo de Seguridad solicite la suspensión de la investigación o enjuiciamiento a la CPI por doce meses renovables (art. 16). Sin embargo, esta última opción no parece que vaya a prosperar considerando que el caso ha sido remitido por el propio Consejo de Seguridad y, de ser así, si tendrá incidencia en la orden de detención. Lo cual no es una cuestión menor dada las implicaciones que puede tener.

Es de destacar que la orden de detención de Omar Al Bashir es un caso *sui generis* desde diversos puntos de vista. Sudán, el territorio donde han sucedido los hechos, no es Estado parte de la CPI, la orden de captura es contra un presidente de Gobierno en funciones y el Consejo de Seguridad actúa por vez primera con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas ante la justicia internacional de responsabilidad individual. Su trascendencia radica en que sienta un precedente para el futuro, dado que cualquier persona de un Estado, sea éste parte o no de la CPI, que cometa crímenes de competencia de la Corte, puede correr la misma suerte que Omar Al Bashir y otros funcionarios de Sudán. Marca un hito en la lucha contra la impunidad, aunque la efectividad de dicho mandato está aún por verse.

Desde la orden dictada por la CPI en varias ocasiones las autoridades sudaneses han señalado que Sudán no es parte de la CPI y que no entregarán a Omar Al Bashir. El 1 de noviembre ante la Asamblea General de Naciones Unidas reiteró que no es miembro del Estatuto de Roma, por tanto la CPI no tiene jurisdicción en este asunto. Habiendo transcurrido nueve meses desde la orden de detención, ésta no ha sido ejecutada por parte de Sudán ni de otros Estados en los que ha estado Omar Al Bashir.

Si bien Sudán es Estado parte de la Carta de las Naciones Unidas, desde el 12 de noviembre de 1956, por lo que se encuentra vinculado a las decisiones del Consejo de Seguridad, es aún una línea sombría la relación de obligatoriedad de Sudán en este asunto por cuanto incluye un trámite ante otra institución internacional del que este Estado no es parte.

De ninguna disposición del Estatuto de la CPI se advierte la obligación de cooperar que tiene un Estado que no sea parte de él, pero ello no significa una prohibición. Probablemente a esto se deba que los Estados no parte hagan caso omiso al mandato de la Corte, tal es así que Omar Al Bashir, tras la orden de la CPI, ha seguido movilizándose por diversos países con soltura. Asistió a la cumbre de cooperación económica Turquía-África en Estambul, asimismo visitó Eritrea, Egipto, Arabia Saudí, Qatar, Libia, entre otros, en un claro desafío a la justicia internacional. Estos Estados no han aceptado la orden de detención. Justamente Qatar y Libia, junto a Estados Unidos, China, Irak, Yemen, e Israel, son los que mostraron su oposición a la creación de la CPI.

En este sentido, todos los Estados del mundo deberían cooperar en la lucha contra la impunidad por cuanto se trata de la violación de normas imperativas de derecho internacional aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto, las mismas que generan obligaciones *erga omnes*. En una ponderación de intereses se privilegia la protección de los derechos del ser humano. Es así que la inmunidad *ratione materiae* encuentra su límite en este aspecto [cfr. FRULLI, M., «Le droit International et les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux», en Cassese, A. y Delmas-Marty (dir.) *Crimes internationaux et juridictions internationales*, PUF, Paris, 2002, pp. 223-225].

Ante la imposibilidad de poner a Omar Al Bashir a disposición de la Corte por parte de los Estados, muchas organizaciones exigen al Consejo de Seguridad un papel más protagónico en

este asunto, y señalan que debe ejercer presión para la entrega y juicio del presidente de Sudán y de las otras personas sobre los que recaen órdenes de captura.

El cumplimiento de la decisión de la Corte depende única y exclusivamente de la buena voluntad de los Estados. Hay que recordar que no cuenta con una fuerza policial que ejecute sus decisiones.

Sea cual sea el resultado a corto plazo, lo cierto es que constituye un precedente importante en la lucha contra la impunidad, y bajo los argumentos esgrimidos será posible el juzgamiento de todos aquellos autores directos o indirectos de los crímenes de competencia de la Corte.

Pero no hay que perder de vista que la CPI tiene carácter complementario de las jurisdiccionales penales nacionales (artículo 1 del Estatuto). Así en primer orden es obligación de los Estados juzgar en su territorio y en aplicación de su derecho interno a aquellos que hayan cometido crímenes de la naturaleza que se investiga en el caso Omar Al Bashir.

Para ello, por un lado es necesaria la voluntad del Estado en evitar la impunidad, además de contar con tribunales competentes, independientes e imparciales que brinden las garantías del debido proceso a todas las personas; y por otro lado contar con una legislación interna que tipifique los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio. Un ejemplo de la eficacia del derecho interno en la protección de los derechos humanos del siglo XXI y en la lucha contra la impunidad es el caso Fujimori, donde el ex presidente del Perú ha sido juzgado y condenado a veinticinco años de pena privativa de libertad, como autor mediano por los delitos de lesa humanidad, por el tribunal interno de Perú en abril de 2009.

Si bien el caso de Darfur es especial por cuanto el presunto autor de los actos criminales está aún en el poder no significa que tales actos queden de por vida en la impunidad, por cuanto el derecho interno puede hacer justicia encontrando a todos y cada uno de los responsables de los crímenes de Darfur.

Finalmente, tanto para las víctimas como para la gran parte de la comunidad internacional respetuosa de los derechos del ser humano, cuanto antes se investiguen los hechos sucedidos en Darfur y se sancione al o los responsables será mejor. Pero de no ser así es una cuestión de tiempo, por cuanto hechos de tal magnitud no prescriben y Omar Al Bashir perderá en algún momento la inmunidad *ratione personae* con la que cuenta mientras está en funciones, la misma que a lo mejor dificultará su llegada a la CPI.

Florabel QUISPE REMÓN

Universidad Carlos III de Madrid

3. RECIENTES DESARROLLOS EN LA PRÁCTICA ESPAÑOLA SOBRE ARBITRAJES DE INVERSIONES: EL CASO RENTA 4

1. El 20-3-2009 un tribunal constituido en el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE), formado por J. Paulsson, T.T. Landau y Ch.N. Brower, dictó el laudo sobre las objeciones preliminares en el *Caso Renta 4 y otros c. Federación Rusa* (Caso CCE N.º 24/2007). Este litigio enfrenta a una serie de entidades y fondos de inversión españoles (*Renta 4 SVSA*; *Ahorro Corporación Emergentes FI*; *Ahorro Corporación Eurofondo FI*; *Rovime Inversiones SICAV SA*; *Quasar de Valores SICAV SA*; *Orgor de Valores SICAV SA*; y *GBI 9000 SICAV SA*) con la Federación Rusa, a propósito de la expropiación de la petrolera *Yukos* llevada a cabo por el Gobierno ruso entre 2003 y 2004. La presente nota tiene como

objeto examinar el contenido de dicho laudo y ponderar su trascendencia como precedente en la materia.

El *Caso Renta 4* está llamado a convertirse en un referente para la práctica española, pues por vez primera se invoca el Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI) celebrado por España con la Unión Soviética, posteriormente sucedida por la Federación Rusa (BOE 17-12-1991). Asimismo, como reconoció el propio árbitro Ch.N. Brower en el pár. 1 de su Opinión Separada al laudo, este litigio también debe producir repercusiones en la práctica internacional, puesto que aborda cuestiones de capital importancia como la protección de las inversiones indirectas (*portfolio investments*) y el alcance de la «doctrina Maffezini». Antes de iniciar nuestro análisis interesa realizar un breve resumen de los hechos que suscitaron la controversia.

2. Tras la desintegración de la Unión Soviética, el Gobierno de la Federación Rusa emprendió una política de privatizaciones de las hasta entonces múltiples empresas públicas dedicadas al sector petrolífero. *Yukos* fue fundada en 1993 y en los años sucesivos gran parte de su accionariado pasó a manos de un grupo de inversores extranjeros. Bajo la nueva administración *Yukos* se convirtió en una de las mayores productoras mundiales de petróleo y gas a principios de la actual década. Entre 2001 y 2003, con el objeto de atraer capital privado adicional que consolidara el crecimiento de la empresa, *Yukos* decidió negociar una parte de sus acciones en los mercados financieros internacionales.

Sin embargo, desde mediados de 2003 *Yukos* se vio inmersa en una serie de investigaciones judiciales, que culminaron con diversas detenciones de altos cargos de la empresa acusados de delitos económicos, incluido su máximo dirigente Mikhail Khodorkovsky. Como medida cautelar las autoridades rusas embargaron un porcentaje mayoritario de las acciones de *Yukos* y, como resultado de los procedimientos de inspección y comprobación iniciados, le impusieron sanciones pecuniarias multimillonarias. Tras fracasar los intentos por llegar a un acuerdo amistoso con la administración para hacer frente al pago de tales sanciones, el Gobierno ruso procedió a ejecutar gran parte de los activos previamente embargados e inició su subasta pública. A resultas de todo ello, el valor de las acciones de *Yukos* se redujo considerablemente, causando importantes pérdidas a los hasta entonces propietarios mayoritarios de *Yukos*, así como a múltiples inversores internacionales que habían adquirido pequeñas participaciones en la empresa principalmente mediante los denominados *American Depositary Receipts* (ADRs); un instrumento financiero que permite a los bancos norteamericanos adquirir y comercializar acciones de empresas extranjeras.

Importa señalar que los anteriores accionistas mayoritarios de *Yukos* han iniciado varios arbitrajes de inversiones contra la Federación Rusa en el marco del Tratado de la Carta de la Energía (BOE 17-5-1995). Asimismo, los inversores particulares afectados por la expropiación también han iniciado distintas acciones judiciales en el ámbito interno e internacional. Por ejemplo, en 2005 varias personas físicas y jurídicas residentes en los Estados Unidos de América interpusieron un procedimiento civil ante un Tribunal del Distrito de Columbia (asunto 1:05CV02077). Por otra parte, en 2005 una empresa radicada en el Reino Unido inició un arbitraje de inversiones ante el Instituto de Arbitraje de la CCE [(*RosInvest c. Federación Rusa* (Caso CCE N.º 79/2005)]. Algunos de los inversores afectados tienen nacionalidad española y el 25-3-2007 solicitaron la constitución de un tribunal arbitral en la CCE, sobre la base del artículo 10.2 del APPRI celebrado por España y la Federación Rusa.

La competencia de un tribunal arbitral se asienta sobre unos criterios de naturaleza subjetiva y objetiva, así como por la observancia de una serie de condiciones de admisibilidad. En primer lugar, las partes deben manifestar su consentimiento al arbitraje por cualquiera de los medios generalmente reconocidos. Y, en segundo lugar, el órgano arbitral debe valorar tanto si el litigio ha sido planteado por un inversor extranjero sobre la base de una inversión, como si

concorre alguna circunstancia jurídica de inadmisibilidad que le impidiera conocer la controversia. Conviene detenerse en el primero de los aspectos indicados.

3. El APPRI con la Federación Rusa dispone una oferta general de arbitraje en su artículo 10.2, mediante la que se conviene resolver los litigios inversor-Estado, a elección del inversor, ante el «Tribunal de Arbitraje de acuerdo con el Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo; o el Tribunal de arbitraje *ad hoc* establecido por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional». La demandada opuso un par de argumentos a la competencia del tribunal en virtud del citado precepto.

El primero de ellos, la necesidad de que el consentimiento fuera expresado de manera individual para cada controversia, fue retirado el 20-10-2008 (pár. 18). Este argumento también había sido alegado sin éxito por la Federación Rusa en otra controversia anterior [*RosInvest...* (Caso CCE N.º 79/2005, laudo 10-2007, pár. 59)]. Sin embargo, interesa ponerlo de relieve porque cada vez más Estados alegan que la oferta arbitral prevista por los APPRI es insuficiente y abogan por exigir una manifestación del consentimiento individual. La reciente Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (Expediente N.º 08-763, de 17-10-2008) constituye otro ejemplo patente de esta posición que, pese a resultar inconsistente con la práctica internacional generalmente desarrollada hasta nuestros días, cada vez parece encontrar más adeptos, especialmente entre los Estados iberoamericanos.

La demandada también se opuso a la competencia del órgano arbitral apelando al carácter tan restringido que presenta la oferta de consentimiento consagrada en el artículo 10.1 del APPRI: «Los conflictos entre una de las Partes y un inversor de la otra parte *relativos a la cuantía o a la forma del pago* de las indemnizaciones correspondientes en virtud del artículo 6º del presente Convenio» (énfasis añadido). El artículo 6 establece que «la nacionalización, expropiación o cualquier otra medida de efectos similares que pueda ser adoptada por las autoridades de una Parte contra las inversiones de inversores de la otra Parte en su territorio, deberá aplicarse exclusivamente por razones de utilidad pública y en conformidad con la legislación vigente en ese territorio. Estas medidas no serán en ningún caso discriminatorias. La Parte que adoptará estas medidas pagará al inversor o a su derechohabiente sin demora injustificada, una indemnización adecuada en moneda convertible».

La Federación Rusa defendió una interpretación restringida de ambos preceptos y entendía que, si bien un órgano arbitral constituido con arreglo al artículo 10.2 del APPRI podría resolver una controversia relativa a la cuantía o a la forma del pago de las indemnizaciones resultantes de una nacionalización o expropiación, por el contrario no era competente para pronunciarse con carácter general sobre la naturaleza jurídica de la expropiación (párrs. 20-21 y 37). Tal interpretación restringida ya había sido sostenida exitosamente por la Federación Rusa en un par de controversias anteriores [*Berschader c. Federación Rusa* (Caso CCE N.º 08/2004, laudo 21-4-2006, párrs. 153-156); y *RosInvest...* (Caso CCE N.º 79/2005, laudo 10-2007, párrs. 110 y 121)].

El tribunal del *Caso Renta 4*, sin embargo, no adoptó la misma posición en este litigio que en los citados *supra* y concluyó aceptando su competencia para conocer el asunto sobre la base del artículo 10.2 del APPRI: «The fact that an International tribunal may consider whether compensation is “due” does not prejudice the ultimate determination of such issues. (...) In sum: the Tribunal has jurisdiction under the BIT to hear the contention that there has been a compensable expropriation» (pár. 63). Para argumentar esta decisión el tribunal realizó una interpretación sistémica y teleológica del APPRI celebrado entre España y la Federación Rusa (pár. 46), así como de la política convencional de promoción y protección de las inversiones extranjeras seguida por este último Estado.

En primer lugar el órgano arbitral empleó una interpretación contextual del artículo 10 del APPRI, reconociendo que «an investor seeking an award for compensation under Article 10 (...) may face a disagreement as to quantification. But it may also (or only) face a challenge as to whether an obligation has arisen under Article 6. Such an obligation is the evident predicate to any amount being “due” and thus the object of the type of debate allowed under article 10» (pár. 31). Asimismo, según el tribunal «Article 6 defines the precondition of compensation being “due” for the purposes of Article 10. It is an “aspect” of Article 10 that cannot be beyond the arbitrators’ reach» (pár. 40).

Además de esta consideración del acuerdo en su conjunto, siguiendo el tenor del artículo 31.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (BOE 13-6-1980), el tribunal también apeló a la finalidad del APPRI. Ante los argumentos de la Federación Rusa, quien proponía resolver la controversia bien en la jurisdicción interna del Estado receptor o bien por medio de un arbitraje interestatal (pár. 58), el órgano arbitral subrayó que la internacionalización de los compromisos del Estado receptor resulta una de las ventajas fundamentales que perciben los inversores en los APPRI. Por esta razón «it is impermissible to read Article 10 of the BIT as a vanishingly narrow internationalization of either Russia’s or Spain’s commitment» (pár. 56). En este punto se aprecia una posición consonante con el principio *favor inversionis*, según la cual sería legítimo resolver las incertidumbres resultantes de la interpretación de un APPRI, de tal forma que se favorezca la protección de las inversiones (pár. 57).

En tercer lugar, considerando el viraje jurisprudencial experimentado respecto a los precedentes anteriormente citados, el órgano arbitral optó por escrutar la práctica de los Estados partes con el objeto de discernir si cabía formular una interpretación amplia del artículo 10.2 del APPRI. En este punto, el laudo no estimó que la política seguida por la entonces Unión Soviética tendiera a negociar sistemáticamente una oferta de arbitraje restringida. Para llegar a esta conclusión el tribunal consideró la existencia de variaciones significativas en el texto de los distintos APPRI celebrados por aquel Estado (pár. 49); las aseveraciones efectuadas por uno de los negociadores rusos en un trabajo de investigación dedicado a los APPRI y publicado en 1991 (pár. 50); una declaración efectuada en 1990 por el Ministro de Asuntos Exteriores belga ante su Parlamento donde afirmaba que la oferta de arbitraje prevista por el APPRI celebrado por la Federación Rusa con Bélgica y Luxemburgo, de contenido idéntico a la dispuesta por el APPRI español, debía interpretarse de manera extensiva (pár. 53); así como una opinión emitida por el Consejo de Estado español en 1991, que interpretaba dicho precepto también de forma extensiva (pár. 59). Resulta necesario subrayar la utilidad interpretativa que podrían tener para España las declaraciones efectuadas en sede parlamentaria durante la fase de manifestación del consentimiento, pese a que el debate sobre estas cuestiones no ha despertado un excesivo entusiasmo entre nuestros parlamentarios.

4. En otro orden de cosas interesa resaltar que, seguramente advertidas del laudo dictado por la CCE en el *Caso RosInvest*, las demandantes habían introducido una segunda alegación para afirmar la competencia del tribunal, basada en la aplicación de la «doctrina Maffezini». En el *Caso RosInvest*, establecido en virtud del APPRI celebrado entre el Reino Unido y la Federación Rusa, el órgano arbitral descartó realizar una interpretación amplia del precepto que establecía la oferta de consentimiento al arbitraje inversor-Estado. Sin embargo, admitió precisamente su competencia invocando la oferta de arbitraje prevista por el artículo 8.1 del APPRI celebrado entre Dinamarca y la Federación Rusa (pár. 69), a través de la cláusula de Nación más favorecida (NMF) dispuesta en el APPRI celebrado entre el Reino Unido y la Federación Rusa.

El *Caso Renta 4*, a diferencia del *Caso RosInvest*, adoptó una posición completamente distinta respecto a este expediente. La razón de esta diferente aproximación radica en lo que el tri-

bunal denominó «lexical difficulties» en la interpretación del artículo 5 del APPRI (pár. 111). Ello no obstante, de la lectura integral del laudo (párrs. 71-76, 85 y 106-109) se aprecia un evidente respeto hacia la «doctrina Maffezini». Según el tribunal, la aplicación de la citada doctrina no depende del alcance primario o secundario de las normas controvertidas (pár. 99). Por el contrario, aquella se ordena en torno al principio *ejusdem generis* (párrs. 100-101), proclamado en el *Caso Ambatielos* (UNRIIAA, vol. XII, p. 107), y según el cual la cláusula de NMF sólo puede emplearse para atraer materias de la misma categoría que las previstas por la propia cláusula.

El tribunal examinó el artículo 5 del APPRI al calor de este último principio, pero encontró dificultades léxicas que le impidieron reconocer su competencia sobre aquella base convencional. Dicho precepto establece que: «1. Cada parte garantizará en su territorio un trato justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte. 2. El *tratamiento mencionado en el punto anterior* no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer Estado» (cursiva añadida). En otras palabras, el artículo 5.2 del APPRI no dispone una cláusula de NMF que permita a los inversores aprovecharse en términos genéricos de las condiciones más favorables encontradas en todas las materias cubiertas por otros acuerdos. Por el contrario, esta disposición establece el derecho a disfrutar un nivel no menos favorable de trato justo y equitativo (pár. 105). Así las cosas, siguiendo la interpretación literal realizada por el tribunal, no podría colegirse una extensión del trato de NMF a las cuestiones procesales (pár. 115). A una conclusión contraria y favorable a la «doctrina Maffezini», mantenida en la Opinión Separada al laudo (párrs 14-24), sólo se llegaría mediante lo que el tribunal denomina «grammatical deconstruction» (pár. 117). Por todo lo anterior, al circunscribir el trato de NMF exclusivamente dentro del estándar internacional de trato justo y equitativo, el órgano arbitral descartó la aplicación de la «doctrina Maffezini» (pár. 119).

5. Debe examinarse a continuación el tratamiento del concepto de inversor por parte del tribunal. En primer lugar, el artículo 1.1.B) del APPRI define como inversor a «Cualquier *persona jurídica* constituida con arreglo a la legislación de una Parte, domiciliada en su territorio y *facultada*, de acuerdo con la legislación vigente en esa misma Parte, para realizar inversiones en el territorio de la otra Parte» (cursiva añadida). La Federación Rusa planteó objeciones contra tres de las entidades demandantes, a quienes consideraba excluidas del concepto de inversor previsto por el APPRI.

En el caso de los dos fondos de inversión *AC Emergentes FI* y *AC Eurofondo FI* las partes discutieron ampliamente la naturaleza jurídica de ambas entidades a la luz del ordenamiento jurídico español. La Ley de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE 5-11-2003) y su Reglamento de desarrollo (BOE 8-11-2005 y corregido por BOE 17-12-2005) establecen que «los fondos de inversión son Instituciones de Inversión Colectiva configuradas como patrimonios separados *sin personalidad jurídica (...)* cuya *gestión pertenece a una gestora*» (cursiva añadida). A tenor de esta legislación, ambas entidades no quedarían amparadas bajo el artículo 1.1.B) del APPRI y no podrían considerarse como inversores extranjeros. Los demandantes realizaron denodados intentos por demostrar que, pese a este enunciado normativo, los fondos de inversión tienen capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones en el tráfico jurídico (párrs. 124-127). Pero el laudo apeló nuevamente a una interpretación literal del APPRI para excluir la competencia del tribunal respecto a ambas entidades (pár. 129). Con relación a *Renta 4 SVSA* la Federación Rusa había planteado una objeción similar, porque aquella entidad cumplía simplemente funciones de depositaria de unos ADRs de *Yukos*, cuya titularidad recaía en un fondo de inversión (*Renta 4 Europa del Este FIM*). En virtud de la misma interpretación literal del APPRI, el tribunal apeló a la naturaleza jurídica de aquel fondo de inversión para concluir que el propietario de la inversión no podía considerarse como un inversor según el acuerdo (pár. 131).

Estas entidades demandantes habían solicitado que, para el caso de que no se les considerara como inversores en los términos del APPRI, el órgano arbitral les reconociera alternativamente tal condición. A pesar de que el tribunal se habría mostrado anuente a flexibilizar las reglas de procedimiento de la CCE llegado el caso, no consideró que existiera un vínculo suficiente entre las inversiones efectuadas por los fondos de inversión y las entidades gestoras (pár. 133), invocando un precedente arbitral [*LESI-Dipenta c. Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/03/8, laudo 10-1-2005, párs. 37-40)]. La Opinión Separada al laudo acoge una interpretación más flexible del concepto de inversor basada no en la legislación española, sino en una interpretación autónoma del concepto «persona jurídica» (pár. 27 *in fine*). Parece evidente que la mayoría de árbitros prefirió adoptar una interpretación restringida y evitar desarrollos progresivos del tratamiento jurídico-procesal de las inversiones indirectas.

6. El laudo también se ocupa del concepto de inversión y de las cuestiones de admisibilidad en su última parte. Por lo que respecta al análisis de las objeciones a la competencia planteadas por la Federación Rusa sobre el concepto de inversión, el órgano arbitral confirmó que los ADRs forman parte del concepto de inversión previsto por el artículo 1.2 del APPRI. Con carácter adicional, invocando uno de los precedentes arbitrales más importantes en materia de inversiones indirectas [*Gruslin c. Malasia* (Caso CIADI N.º ARB/99/3, laudo 20-11-2000, párs. 23.11-23.16)], la demandada había tratado de excluir la competencia del tribunal alegando que las inversiones no se habían efectuado en el territorio del Estado receptor, tal y como exige el artículo 2 del APPRI, porque los ADRs de *Yukos* habían sido comercializados por una filial de *Deutsche Bank* en Nueva York. Sin embargo, el tribunal no encontró un paralelismo entre la situación planteada en dicho precedente y el presente litigio. Las propias autoridades ministeriales rusas habían reconocido en 2005 que los ADRs implican la existencia de «a property interest in a Russian organization» (pár. 140).

En cuanto a las cuestiones de admisibilidad, la Federación Rusa discutió el carácter incompleto de la notificación escrita efectuada por las demandantes para comunicar oficialmente la controversia en los términos del artículo 10.1 del APPRI. El órgano arbitral no admitió estas alegaciones y criticó la pasividad que mantuvo el Gobierno ruso tras la notificación, imponiéndole el deber de solicitar aclaraciones adicionales si consideraba insuficiente la notificación efectuada por los demandantes: «Russia should have stated that it considered the notice to be incomplete or incomprehensible» (pár. 151).

7. El *Caso Renta 4* pone de relieve, en suma, la necesidad de colmar el vacío referente a la protección convencional de los fondos de inversión en el ordenamiento jurídico. La segunda generación de APPRI ha tratado de resolver este expediente reconociendo con carácter general la condición de inversión extranjera a las inversiones indirectas. Asimismo, cabe señalar que las pretensiones de los inversores españoles podrían haberse sustentado con más facilidad si pudieran haber hecho uso de los suficientes materiales de la práctica parlamentaria que evidenciaran la posición de España durante la fase de manifestación del consentimiento. Por otra parte, importa subrayar los deberes complementarios impuestos por el órgano arbitral al Estado receptor cuando el inversor le notifica la controversia. Y, por último, aunque en este litigio se adoptó una solución muy cauta por parte del tribunal, queda patente que la «doctrina Maffezini» sigue siendo un instrumento cuya aplicación resulta muy poco predecible para los Estados. Por todas las razones esbozadas en las anteriores líneas, tanto esta decisión sobre las objeciones preliminares como la venidera, relativa al fondo del litigio, se van a convertir en importantes precedentes en la práctica internacional.

Francisco José PASCUAL VIVES

Universidad de Alicante

4. LOS ACUERDOS DE BASELEA: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE SU NATURALEZA JURÍDICA A LA LUZ DE LA RECIENTE CRISIS FINANCIERA.

1. Introducción. En la actualidad, la mayor parte de las economías del mundo están adoptando medidas para impulsar la salida de una crisis económica que se ha generado como consecuencia de otra de naturaleza financiera. Una de las principales causas de ese desequilibrio financiero, que por el impacto global de sus efectos y por la gravedad de los mismos se ha comparado con el crack de 1929, tiene su origen en el uso y la regulación de instrumentos financieros novedosos cuyo funcionamiento no era bien entendido ni por los inversores ni por los propios reguladores. Por eso, una de las instituciones cuyas discusiones se están siguiendo con especial interés ahora que el problema financiero parece controlado es el Banco de Pagos Internacionales, especialmente su Comité de Supervisión Bancaria.

Este Comité, que nació en 1974 con la finalidad de establecer recomendaciones y directrices bancarias que los Gobiernos de los Estados incorporarían a su legislación interna, y que ha mostrado en sus años de existencia una gran capacidad de adaptación a las nuevas circunstancias, se perfila como esencial en el momento actual. Habiendo acometido los Gobiernos de los diversos países afectados por la crisis importantes operaciones de rescate que han librado a sus entidades bancarias de la quiebra y salvados los peligros más inmediatos, se necesita ahora analizar lo ocurrido para tratar de evitar, en la medida de lo posible, que vuelva a ocurrir, fortaleciendo el sistema vigente hasta ahora.

Esta nota se centra en una cuestión fundamental para ese análisis. Partiendo de una sucinta descripción de las normas que el Comité ha establecido en los Acuerdos de Basilea y otros acuerdos complementarios a éstos, se pretende analizar la naturaleza de *soft law* de los instrumentos con que cuenta el Comité, así como la conveniencia de su uso en materia financiera. A este análisis acompañan algunas reflexiones acerca del enfrentamiento entre el libre mercado y la intervención del Estado, cuestión que, sin duda, se encuentra en la base de toda regulación. En concreto, se encontrarán algunos apuntes sobre el modo en que se integra el Derecho en ese binomio «*laissez-faire*»-«intervención» y sobre el papel de los agentes económicos que participan en los mercados financieros.

2. El contenido de los Acuerdos de Basilea. En el contexto de la reciente crisis financiera, el Presidente del Banco de Holanda, a su vez presidente del Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria, Nout Wellink, afirmaba que una base de capital fuerte y de alta calidad es crítica para que los bancos sean capaces de absorber pérdidas y mantener sus préstamos en periodos de severas dificultades económicas y financieras. Esta frase recoge, en cierto modo, la razón de ser de las normas establecidas por dicho Comité desde su origen. Para que en momentos económicamente adversos los bancos sigan teniendo capacidad de préstamo y su aportación sea determinante para superar esas adversidades en lugar de acrecentarlas, es necesario adoptar medidas que garanticen un sistema bancario global estable.

Con ese espíritu se dieron los primeros pasos en el seno del Comité de Supervisión Bancaria, integrado por los Estados miembros del G-10 más Luxemburgo y España, sobre la base de dos principios básicos: que ninguna entidad bancaria escapase de la supervisión y que esa supervisión fuera adecuada. Desde 1975, el Comité ha venido publicando una serie de documentos que recogían esos principios y los concretaban en sugerencias a las autoridades bancarias de los Estados miembros (Banco de Pagos Internacionales, *History of the Basel Committee and its Membership*, 2009, 8 pp.).

El primer acuerdo de entidad de los alcanzados por el Comité se adoptó en 1988, bajo la denominación de *International Convergence of Capital Measurements and Capital Standards*, y se conoce comúnmente como Basilea I. Sobre él se realizaron varias enmiendas, con el fin de actualizar su contenido ajustándolo a la cambiante realidad financiera (1991, 1994, 1995, 1996

y 1998), siendo la más importante la de 1996. Habida cuenta de que el principal riesgo que los bancos tienen que gestionar en su actividad ordinaria es el riesgo crediticio, esto es, el riesgo de que el prestatario no cumpla con sus obligaciones de reembolso de los préstamos, Basilea I se centró fundamentalmente en proteger a los bancos de ese riesgo. Para ello, estableció estándares mínimos comunes para los bancos que operaban internacionalmente, distinguiendo entre dos tipos distintos de capital (*core capital* y *supplementary capital*) y recomendando a los bancos que su *core capital* alcanzase, como mínimo, el 50% de su capital total [Comité de Supervisión Bancaria de Basilea: *International Convergence of Capital Measurements and Capital Standards* (actualizado a 1998)].

Esto suponía, en sí mismo, un avance muy importante puesto que, siguiendo las directrices de Basilea I, los Gobiernos de los Estados miembros obligaron a las entidades bancarias a instaurar medidas de control de capital inexistentes hasta el momento. No obstante, los bancos tienen además que hacer frente a otros tipos distintos de riesgos: riesgos operacionales, riesgos de mercado, riesgos de inversión, de tipo de interés, de tipo de cambio, riesgo sistémico, etc. De ahí que la enmienda citada de 1996 introdujera el riesgo de mercado en la regulación recomendada a los Gobiernos de los Estados miembros del Comité.

Es preciso tener en cuenta que no sólo los Estados miembros se someterían a esas directrices. Aunque no tuvieran ninguna obligación jurídica internacional de adoptar ese tipo de medidas, muchos otros Estados se adaptaron a dichas recomendaciones por entender que era positivo seguir la tendencia marcada por el grupo de los países más fuertes del mundo desde el punto de vista financiero.

A pesar de todas las enmiendas a las que fue sometido, las críticas a Basilea I exigían cambios importantes que incorporasen medidas para controlar otros tipos de riesgos de los citados anteriormente, además del riesgo crediticio y del de mercado que, si bien eran muy importantes, no eran suficientes (FOLLAK, K. P., «International Harmonization of Regulatory and Supervisory Frameworks», en *International Monetary Law: Issues for the New Millennium*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 291-322, p. 297; FELDBERG, C. B., «Prudential Supervision of Banks and the Basle Core Principles», en *IMF: Current Developments in Monetary and Financial Law*, vol. 1, 1999, pp. 167-182, p. 169). Además, se acusó a Basilea I de centrar sus recomendaciones en los intereses del G-10, sin pronunciarse respecto de cuestiones tan relevantes como la dotación de provisiones de deuda de dudoso cobro y haciendo, por tanto, muy difícil la comparación del valor de distintos activos. Más allá de eso, se llegó a afirmar que Basilea I condujo a inestabilidad macroeconómica, por haber exigido a los bancos una cartera de inversión diversificada sin justificación alguna, provocando políticas de préstamo de carácter procíclico (CLERC, L., DRUMETZ, F., JAUDOUIN, O., «To what extent are prudential and accounting arrangements pro- or countercyclical with respect to overall financial conditions?», *BIS Papers* núm. 1, 2001, pp. 197-210, p. 197).

Como consecuencia de todas esas críticas y gracias al espíritu de adaptación a la realidad financiera que ha caracterizado siempre al Comité, en 2004 se alcanzó el denominado *International convergence of capital measurement and capital standards, a revised framework*, comúnmente conocido como Basilea II. El principal objetivo de Basilea II era dotar a las legislaciones bancarias internas de sistemas adecuados para calcular la adecuación de capital que considerasen mejor los diferentes riesgos que un banco debe tener en cuenta a la hora de participar en una operación. Con esa finalidad, el contenido del acuerdo se estructuró en tres pilares: el primero, relativo a requerimientos de capital, el segundo, referente al proceso de supervisión, y el tercero, que se ocupa de la información que los bancos necesitan revelar para que el mercado se vuelva más transparente. El segundo y el tercero son los pilares realmente novedosos respecto de Basilea I, aunque en materia de requerimientos de capital también se introdujeron algunas modificaciones (MACHADO CABEZAS, A., «Basilea II: la revolución para las entidades financieras», *Estrategia financiera*, núm. 208, 2004, pp. 32-41).

Pero los mercados financieros evolucionan a una velocidad trepidante, y así lo hacen también las entidades bancarias, que actúan como intermediarias en esos mercados. Por eso, en 2005 Basilea II se completaba con el documento *The application of Basel II to trading activities and the treatment of double default effects*. Igualmente, la reciente crisis ha sido el origen de nuevas reformas, aunque antes de octubre de 2008 ya se estuvieran gestando algunos de esos cambios.

Al revisar la evolución normativa del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea se plantea la cuestión de si realmente una regulación diferente habría podido evitar la crisis financiera. En este sentido, es necesario considerar que los Estados Unidos, país en el que se inició la misma extendiéndose después a otras economías, no han adaptado su legislación bancaria al contenido de Basilea II. Eso lleva a pensar que, aunque después de semejante crisis parece obligado modificar radicalmente todo el sistema normativo vigente por haberse mostrado éste incapaz de evitarla, probablemente eso no sea necesario ni recomendable.

El estudio de las principales causas de la crisis financiera (The High Level Group of financial supervision in the EU, De Larosiére Report, febrero de 2009, 86 p.) y del contenido de las directrices establecidas en los Acuerdos de Basilea pone de manifiesto la necesidad de intensificar los controles en lo que se refiere a mecanismos financieros escasamente regulados como los *hedge funds* o de revisar la regulación relativa a los bonos basura. En cambio, la mayoría de recomendaciones siguen siendo adecuadas y suficientes.

3. Naturaleza jurídica de los Acuerdos. Una de las principales notas características de los Acuerdos de Basilea es su naturaleza jurídica. Al analizar los requisitos necesarios para que un acuerdo sea considerado tratado internacional a la luz de lo establecido al respecto por la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de tratados y aplicarlos a los instrumentos normativos utilizados por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, se concluye que dichos acuerdos no son tratados internacionales. El Comité quiso evitar la precisión de un texto legal, refiriéndose a los documentos como estándares, directrices o marco normativo, en lugar de hablar de acuerdos. Esta falta de formalidad y el propósito de no obligatoriedad los convierte en instrumentos no vinculantes. Con todo ello, dado que se trata de normas que no tienen carácter vinculante no se puede hablar de tratados (*hard law*) sino de instrumentos de *soft law*.

Pero no sólo los instrumentos utilizados llevan a esta conclusión. A nivel organizacional, el Comité no cuenta con una autoridad supranacional formal que ejerza funciones de supervisión, ya que desde el origen su finalidad fue unificar y armonizar los estándares bancarios y la regulación de supervisión bancaria, y para ello, en lugar de esa autoridad supranacional, los Estados miembros del Comité decidieron dejar que fueran las autoridades locales las que regularan sus propios sectores bancarios, por entender que eran las más indicadas para concretar las recomendaciones en regulaciones adecuadas para los respectivos países.

Además de la ausencia de elementos formales y de la falta de una autoridad supranacional, los Acuerdos de Basilea adolecen de una falta de previsión de sanciones para el caso de que los Estados incumplan las recomendaciones establecidas por el Comité. Muchos detalles de la regulación bancaria se dejan a discreción de las autoridades nacionales, y para aquellos que se contemplan en los Acuerdos, al tratarse de recomendaciones o directrices, no se contemplan sanciones. De ahí que no se pueda hablar de instrumentos de Derecho imperativo, aunque su ejecución se puede considerar satisfactoria, como manifiesta el «*Accord Implementation Group*».

De todo lo anterior se deduce que se trata de instrumentos de *soft law*, cuya falta de obligatoriedad jurídica hace que a menudo se cuestione la eficacia de su contenido. En el ámbito del Derecho internacional, se consideran *soft law* las normas de conducta internacionales que tienen carácter jurídico pero no son vinculantes. Ese carácter jurídico se puede interpretar de dos formas distintas. En general, se suele entender que la fuerza jurídica de una norma de este tipo reside en que puede conducir, con el tiempo, a la consolidación de una norma de *hard law*,

ésta sí de carácter vinculante y con un sistema de sanciones previsto para caso de incumplimiento que dota de eficacia a la norma en sí (DEHOUSSE, R., WEILER, J. H. H., «EPC and the Single Act: From Soft Law to Hard Law?», *European University Institut Working Paper*, núm. 1, 1990, p. 26).

No obstante, no es éste el único valor jurídico que se debe reconocer a una norma de «Derecho blando». Como afirma Abi-Saab, el *soft law* puede también ser él mismo el producto final, y no sólo una etapa o una fase intermedia en el ciclo de la vida del Derecho, dado que en determinadas materias es el producto más apropiado para su uso instrumental (ABI-SAAB, G., «Eloge du droit assourdi. Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain», en *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage a François Rigaux*, Bruselas, Emile Bruylant, 1993, 659 pp., p. 66). Además de esto, el *soft law* se utiliza como instrumento de interpretación de normas imperativas. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que, aun no teniendo fuerza vinculante, se trata de normas que influyen en el comportamiento de los Estados, las organizaciones internacionales y los individuos, modificando el escenario de las relaciones internacionales (WELLENS, K. C. and BORCHARDT, G. M., «Soft Law in European Community Law», *European Law Review*, 1989, 14, pp. 267-321, pp. 271-272).

Siguiendo esa línea, es interesante observar las razones por las que el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea optó por este tipo de norma para la materia, en lugar de recurrir a normas imperativas cuyos efectos parecen, *a priori*, más eficaces. El primer elemento que conduce a dicha elección es un principio tan consolidado en el Derecho internacional como la soberanía nacional de los Estados, concretamente en su aspecto económico. El análisis de organizaciones de carácter supranacionales como la Unión Europea pone de manifiesto que la coordinación y cooperación económicas son factibles, puesto que los Estados son conscientes de los beneficios que eso les aporta. No obstante, se puede apreciar en la evolución de sus instituciones económicas que los Estados son reacios a una cesión ilimitada de sus competencias económicas, al considerar que ciertas decisiones se deben preservar dentro del ámbito nacional de soberanía.

El segundo motivo por el que los instrumentos utilizados por el Comité no son *hard law* está relacionado con la diversidad de ordenamientos jurídicos. Al tratarse de una regulación común para un grupo de países cuyas economías y sistemas jurídicos y políticos presentan cada uno sus peculiaridades, los Estados miembros consideraron en su momento, en mi opinión acertadamente, que lo más adecuado en esta materia era dotar a los Gobiernos de los Estados de unas directrices que después éstos tendrían que adaptar a sus circunstancias concretas. De esta manera, se pretendía conseguir unas legislaciones bancarias nacionales guiadas por directrices comunes pero basadas en las particularidades de cada país, con lo que el objetivo de armonización sería alcanzado respondiendo a las necesidades reales de cada economía.

El tercer motivo reseñable para que el Comité optase por el *soft law* hace referencia a dos elementos que caracterizan a la actividad económica. Por una parte, en asuntos económicos resulta en ocasiones muy complicado alcanzar acuerdos que contenten el interés de todas las partes por lo que, en caso de esperar un consenso para la elaboración de ciertos principios de supervisión bancaria, la dificultad del acuerdo podría paralizar la regulación de controles y hacer que no existieran esas normas. Por otra parte, la rapidez con que evolucionan las cuestiones relacionadas con la economía, especialmente en materia financiera, requiere el uso de instrumentos flexibles cuya modificación no sea un obstáculo para su adaptación a la realidad cambiante. Así, de haber optado por un tratado, el procedimiento de modificación de su contenido llevaría más tiempo para su modificación, mientras que las directrices del Comité se van completando unas a otras y los legisladores nacionales pueden modificar determinados elementos por medio de leyes nuevas, lo que resulta más rápido que la modificación de un tratado, o bien mediante decretos gubernamentales en caso de necesidad de adopción de medidas urgentes.

Con todo lo anterior, parece razonable considerar el uso de normas de *soft law* en materia de supervisión bancaria. En cualquier caso, la reciente crisis financiera invita a una reflexión acerca de la conveniencia o no de una mayor regulación en materia de supervisión bancaria. Como ya se adelantaba, al analizar los Acuerdos de Basilea y estudiar las causas de la crisis se concluye que una gran parte de las directrices de Basilea eran adecuadas. ¿Qué es lo que ha podido fallar entonces? Para poder responder a esta cuestión, es precisa una referencia a la dualidad que se da entre el libre mercado y la intervención del Estado en la economía.

Esta discusión, que ha dado origen a tanta literatura económica y de otras disciplinas, sigue aún hoy vigente. La historia ha demostrado las bondades de la «mano invisible» de la que hablaba Adam Smith, esto es, el mercado en estado puro y sin intervenciones (SMITH, A. *La riqueza de las naciones*, Madrid, Pirámide, 1996, 70 pp.), igual que ha puesto de manifiesto que una mínima regulación es necesaria en algunos aspectos. Por eso, el sistema actual parece apropiado y las manifestaciones del G-20 en sus cumbres posteriores a la crisis a favor del mantenimiento del libre mercado acertadas. Las operaciones de rescate que muchos Gobiernos han dirigido a sus bancos y que habían sido fomentadas en ese mismo foro podrían parecer contrarias a esa opción por la libertad, ya que suponían una intervención clara del Estado en la economía. No obstante, dichas operaciones demuestran que se ha optado por una solución intermedia, más cercana al mercado que a la intervención, pero consciente de que en ocasiones cierto grado de intervención es positivo.

Aclarada esta elección de las grandes economías del mundo por un mercado libre pero protegido y concluyendo, por tanto, que una sobreproducción de reglas de supervisión bancaria no sería una buena solución de cara a futuras crisis, la pregunta es qué se debe hacer desde el punto de vista bancario para tratar de evitar otra crisis como ésta. Resulta claro que las operaciones de especulación han tenido gran parte del peso en el origen de la crisis financiera. A su vez, causa gran estupor percibir que a lo largo de la historia la mayoría de contextos en que se ha producido una espiral especuladora han terminado de la misma manera. La crisis de los tulipanes en Holanda, o el crack de 1929 ponen de manifiesto no sólo este hecho sino otro mucho más grave: que la memoria de las sociedades en lo que se refiere a las crisis financieras no suele durar mucho tiempo (GALBRAITH, J. K., *Breve historia de la euforia financiera*, Barcelona, Ariel, 1991, 140 pp.).

Con todo ello, la clave para evitar futuras crisis parece ir más allá de la regulación de normas de supervisión bancaria. Optar por un sistema de libre mercado, aunque regulado en ciertos aspectos, implica que los individuos pueden utilizar esa libertad de la manera que estimen oportuna. De ahí la importancia de que la sociedad sea consciente de los peligros que conlleva la especulación financiera, frente a otras formas de obtener riqueza.

Eso no obsta para que algunas normas deban ser revisadas a la luz de todo lo acontecido en los últimos meses. Y así lo ha entendido el Comité de Basilea que, ante la necesidad de realizar algunos cambios en el marco normativo actual, lanzó en julio de 2009 una serie de propuestas de ajustes a realizar en los tres pilares de Basilea II. Su ejecución se exige a los Estados miembros para diciembre de 2010, salvo en lo referente al pilar 2, que requiere aplicación inmediata. Esto implica la modificación de algunos aspectos de la previsión del riesgo y de las directrices sobre el capital mínimo, así como el endurecimiento de las exigencias relativas a algunos instrumentos financieros como la securitización.

4. Conclusión. Un banco que opera con responsabilidad y transparencia tiene una mayor capacidad de reacción en circunstancias económicas adversas. Sobre esta idea se ha venido construyendo el sistema normativo del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea desde su creación en 1974, con el fin de establecer directrices y recomendaciones que guiando a los reguladores nacionales lograsen una normativa bancaria armonizada.

La reciente crisis financiera ha puesto de manifiesto algunas debilidades de esas recomendaciones que los miembros del Comité se han apresurado a analizar y tratar de corregir de cara

al futuro. Pero la mayoría de las normas que por los Acuerdos de Basilea habían dirigido hasta ahora a los legisladores nacionales en su tarea de elaboración de normas internas imponían criterios adecuados. Es el momento, por tanto, de reformar aquellos elementos mejorables y reforzar los que ya estaban marcando la buena dirección.

El carácter de *soft law* de las normas del Comité de Basilea, que ha puesto en duda su eficacia en muchas ocasiones, es sin embargo una ventaja si se tiene en cuenta la materia que se está regulando. Se trata de cuestiones de naturaleza financiera, que evolucionan constantemente, y en las que el consenso es tarea complicada. La diversidad de ordenamientos jurídicos confirma la conveniencia del uso de este tipo de normas.

Rosana GARCÍANDÍA GARMENDIA

Universidad de Navarra

5. EL CONFLICTO ENTRE GEORGIA Y RUSIA UN AÑO DESPUÉS (A PROPÓSITO DEL INFORME TAGLIAVINI).

El pasado 30 de septiembre de 2009 fue publicado el Informe de la Misión de Investigación Internacional Independiente sobre el conflicto desencadenado en agosto de 2008 entre Georgia y Rusia, en relación con las regiones secesionistas de Osetia del Sur y Abjasia. El Informe se realizó como consecuencia de la decisión del Consejo de la Unión Europea (Decisión 2008/901/PESC), adoptada el 2 de diciembre de 2008, en la que se establecía como objeto de la misma «investigar los orígenes y el desarrollo del conflicto en Georgia, incluso en relación con el Derecho internacional, el Derecho humanitario y los derechos humanos, y las acusaciones realizadas en este contexto». La Decisión nombraba igualmente a la diplomática suiza experta en el Cáucaso, Heidi Tagliavini, Jefe de la Misión de Investigación Internacional, quien debía fijar con total independencia los procedimientos y métodos de trabajo, durante el período de actuación de la Misión (2 de diciembre de 2008 y 31 de julio de 2009), así como decidir su composición («expertos reconocidos, en particular juristas, historiadores, militares y expertos en derechos humanos»), para lo cual se establecía una financiación de un millón seiscientos mil euros. El Informe, que fue concluido tras nueve meses de trabajo por los diecinueve expertos que formaban la Misión, fue entregado en la fecha indicada a las partes en el conflicto, al Consejo de la UE, a la OSCE y a las Naciones Unidas.

El Informe, que consta de más de mil páginas repartidas en tres volúmenes, incorpora un minucioso análisis de las causas fundamentales de los conflictos en Georgia (Abjasia y Osetia del Sur), su evolución, en particular tras más de quince años de procesos de paz en tales regiones y su evidente fracaso, así como sus repercusiones en las ya de por sí tensas relaciones entre Georgia y Rusia y de forma más general entre ésta y Occidente.

Tras un primer volumen dedicado a llevar a cabo una contextualización del conflicto en el momento del estallido de la crisis en agosto de 2008, así como de sus consecuencias, el voluminoso segundo volumen (441 pp.) dividido en ocho capítulos, analiza cuestiones jurídico-internacionales de gran alcance, como el estatuto legal de Abjasia y Osetia del Sur, el derecho de autodeterminación o la secesión (capítulo III). Otras cuestiones de gran interés como el punto de vista de las partes en el conflicto (capítulo IV); las operaciones militares (capítulo V); el uso de la fuerza (capítulo VI) o las relativas al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Capítulo VII), son igualmente analizadas en este segundo volumen. El Informe finaliza con un tercer volumen (638 pp.) que incorpora el material facilitado por las partes (Georgia, Rusia, Osetia del Sur y Abjasia) a la Misión.

Conviene, sin embargo, detenerse en algunas de estas cuestiones por su gran interés. En particular, el Informe reconoce el derecho de autodeterminación a las regiones separatistas de

Osetia del Sur y Abjasia pero no el derecho a la secesión al encontrarse fuera de un contexto colonial. En relación con la política de Rusia de conceder masivamente la nacionalidad y los pasaportes rusos a los ciudadanos de ambas regiones y posteriormente de llevar a cabo su reconocimiento como Estados independientes, el Informe considera que constituyen una interferencia en los asuntos internos de Georgia así como un quebrantamiento de su integridad territorial.

El Informe analiza igualmente las operaciones militares llevadas a cabo durante el conflicto desde el punto de vista de las partes y constata la gran divergencia existente entre ellas, así como las apreciaciones e informaciones contradictorias sobre esta cuestión, lo que dificultó de forma muy notable a la Misión la tarea de establecer la secuencia de los acontecimientos ocurridos en agosto de 2008.

En relación con la cuestión central de la prohibición del uso y de la amenaza de la fuerza (art. 2,4 de la Carta de las Naciones Unidas), el Informe constata que todas las partes violaron el Derecho internacional: Georgia, porque con su ataque lanzado en la noche del 7 al 8 de agosto de 2008 sobre la capital de Osetia del Sur, Tsjinvali, inició el conflicto a gran escala, lo que no puede justificarse desde el punto de vista jurídico-internacional, aunque fuera la culminación de un período de tensiones, provocaciones e incidentes; Rusia, porque su intervención militar desproporcionada no puede justificarse por las necesidades de defensa de las fuerzas de paz rusas estacionadas en Tsjinvali, que habían sido atacadas por los georgianos, y mucho menos al llevar a cabo sus operaciones militares en territorio georgiano, y por lo tanto fuera de los límites administrativos osetio-georgianos; Osetia del Sur, porque a pesar de actuar en legítima defensa contra el previo ataque georgiano, siguió combatiendo tras el acuerdo de alto el fuego el 12 de agosto en poblaciones de etnia mayoritariamente georgiana; y, por último, Abjasia por la captura del valle del Kodori.

Finalmente, y en lo referente a las normas del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una de las principales conclusiones del Informe es que todas las partes las violaron masivamente: ataques indiscriminados, detenciones ilegales, toma de rehenes, torturas y malos tratos, destrucción arbitraria de inmuebles y desplazamientos forzosos, fueron llevados a cabo por ambos bandos en el transcurso de las hostilidades. Sin embargo, el Informe no acepta las alegaciones planteadas por Rusia y Osetia del Sur de que los combatientes georgianos cometieron genocidio contra la población surosetia, entre otras razones por no existir una intención de destruirla total o parcialmente, como exige el Derecho internacional y en particular el artículo 2 de la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio. En cambio, el Informe admite que existen serios indicios de que se produjo en muchos casos una limpieza étnica contra los habitantes de etnia georgiana asentados en Osetia del Sur, y plantea dudas sobre la determinación o capacidad de las fuerzas rusas para prevenir y frenar las numerosas transgresiones perpetradas por las fuerzas regulares y grupos armados irregulares de Osetia del Sur, tanto antes como después de declararse el alto el fuego.

Conviene, no obstante, que para una mayor comprensión del desarrollo del conflicto, así como de sus consecuencias, en particular en las relaciones de Rusia con la OTAN y la UE, llevemos a cabo un análisis, aunque necesariamente breve por razones de espacio, de cómo se desarrollaron los acontecimientos y, de forma específica, las operaciones militares. Sin lugar a dudas, el conflicto, que según el citado Informe supuso más de 850 muertos, además de numerosos heridos y desaparecidos, así como el desplazamiento forzoso de más de 100.000 personas, 35.000 de las cuales todavía no han logrado volver a sus hogares, se enmarca en la ausencia de una solución definitiva para el estatus político de regiones con aspiraciones secesionistas, como ha ocurrido en otros conflictos surgidos en el territorio de la antigua Unión Soviética (Cfr. BLANC ALTEMIR, A.: *Conflictos territoriales, interétnicos y nacionales en los Estados surgidos de la antigua Unión Soviética*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004).

Sin lugar a dudas, el conflicto estaba dando síntomas alarmantes de «descongelación» desde 2007, pues a la entrada y posterior control de los georgianos en el valle del Kodori, en

territorio abjasio y próximo a la frontera con Georgia, se sucedieron una serie de acontecimientos y de graves incidentes, en particular la creación de una administración paralela y pro-georgiana en Osetia del Sur; el incremento de la actividad paramilitar de los surosetios en la frontera; las graves acusaciones vertidas por el Gobierno georgiano contra la actuación rusa en el conflicto en todos los foros internacionales; la celebración en Osetia de un nuevo referéndum para la independencia o la inestabilidad interna en Georgia. Por otra parte, Georgia ha llevado a cabo un esfuerzo militar considerable desde el acceso al poder de Saakashvili, multiplicando por diez su gasto militar constante y por cinco el porcentaje del PIB, además de recibir asistencia militar norteamericana (Cfr. ARTEAGA, F.: «Los enfrentamientos entre Georgia y Rusia por Osetia del Sur», Real Instituto Elcano. *ARI*, n.º 95/2008, p. 4).

Como en otras ocasiones y para frenar el desafío del Gobierno georgiano, que intentaba aproximarse a las estructuras occidentales desde el acceso de Saakashvili al poder, Rusia movió sus fichas en el tablero regional, en particular reactivando y descongelando los conflictos de Abjasia y de Osetia del Sur. La contundente oposición rusa al reconocimiento de Kosovo a partir de febrero de 2008, añadió todavía más argumentos a la decidida actitud de Rusia de buscar paralelismos entre el caso de la república balcánica y las regiones secesionistas norcaucásicas. Para ello institucionalizó sus ya estrechas relaciones con Abjasia y Osetia del Sur, lo que difícilmente podía ser compatible con su participación en las fuerzas de mantenimiento de la paz en la zona.

La estrategia de la provocación, que había ido alimentando recíprocamente el conflicto durante los últimos meses, pareció incrementarse a partir de abril de 2008 cuando fuerzas rusas derribaron un avión de reconocimiento no tripulado georgiano en Abjasia, lo que implicó un incremento tanto de las fuerzas rusas en el contingente de mantenimiento de la paz como del destacamento fronterizo georgiano. El derribo de otro avión georgiano en los días siguientes, motivó que Georgia abandonara el sistema de defensa aérea de la CEI, así como un incremento de la tensión fronteriza a ambos lados lo que provocó a su vez los primeros intentos de mediación por parte de Estados Unidos y de la Unión Europea, en particular a través del denominado «Grupo de Amigos» (formado a instancias del Secretario General de las Naciones Unidas por Francia, Reino Unido, Alemania, Rusia y Estados Unidos), que, por medio del Ministro alemán de Asuntos Exteriores presentó una propuesta de mediación que fue rechazada por el líder independentista abjasio, Sergei Bagapash, al contemplar la vuelta de 250.000 refugiados georgianos de la anterior guerra de 1992-94.

Los países occidentales miembros de dicho Grupo y más implicados en la mediación internacional del conflicto, Estados Unidos, Reino Unido, Francia y Alemania, manifestaron reiteradamente su preocupación por la política de Moscú hacia los separatistas, exhortando a Rusia que suspendiera su decisión de establecer vínculos formales con los dirigentes de Abjasia y Osetia del Sur. La posición occidental se concretó en un comunicado conjunto emitido el 23 de abril de 2008, con ocasión pero al margen de una sesión del Consejo de Seguridad, que a pesar de los deseos de Georgia no llegó a pronunciarse sobre la crisis ruso-georgiana. El comunicado supuso, no obstante, una victoria moral para Georgia al conseguir que cuatro países occidentales, tres de ellos miembros permanentes del Consejo de Seguridad, se distanciaran de Rusia, con el que estaban asociados en el mencionado «Grupo de Amigos», y plantearan reivindicaciones a Rusia en relación con su política hacia las regiones secesionistas. La reacción ante dicho comunicado fue significativa pues mientras el representante ruso ante el Consejo de Seguridad calificó como excesivo el comunicado, asegurando que la política de Moscú no significaba reconocer a las regiones separatistas, la OTAN apoyó el comunicado de sus cuatro miembros, poniendo en duda al mismo tiempo el papel de Rusia como mediador en los conflictos de Abjasia y Osetia del Sur.

La realización de unas maniobras militares en territorio georgiano durante el mes de julio, aunque anunciadas un año antes, con la participación de soldados norteamericanos, armenios, azerbaiyanos y ucranianos, no contribuyeron a rebajar la tensión, pues provocaron una respues-

ta similar al otro lado de la frontera surosetia por parte de las tropas rusas destacadas en dicho territorio. A principios de agosto el incremento de la tensión en dicha frontera era ya patente pues el intercambio de fuego entre el Ejército georgiano y los independentistas osetios, provocó las primeras víctimas y las primeras evacuaciones de personal civil, lo cual animó al gobierno georgiano a intentar un golpe de efecto que modificara la situación, y evitara la independencia definitiva de Osetia del Sur y por añadidura de Abjasia.

Las operaciones militares se iniciaron en la noche del día 7 de agosto de 2008, con el pretexto de neutralizar las fuerzas rebeldes surosetias que según el gobierno georgiano atacaban a las población civil, aunque el objetivo último fuera la recuperación de los territorios rebeldes, como ya hemos advertido anteriormente. A pesar de que la resistencia surosetia fue más firme de lo previsto por el Ejército georgiano, éste se hizo con el control de varias localidades alrededor de la capital, Tsjinvali, y ocupó puntos estratégicos desde los cuales podía bombardear la capital y otros enclaves, para lo cual se utilizaron carros de combate, artillería pesada y aviación. El presidente georgiano Mijail Saakashvili, acusó a Rusia de instigar el conflicto e hizo un llamamiento a Moscú para que utilizara su influencia sobre los separatistas, al mismo tiempo que ofrecía un alto el fuego mientras llegara la mediación rusa que él solicitaba. Sin embargo, el Kremlin aprovechando una situación que vio como propicia a sus intereses con el fin de restablecer su influencia en la región, decidió rápidamente intervenir en favor de los surosetios, tradicionales aliados de Rusia desde el siglo XIX, y a quienes había concedido masivamente, al igual que a los abjasios, la nacionalidad rusa en los últimos años.

En la madrugada del mismo día 8 tropas rusas del 58 Ejército apoyadas por carros de combate y aviones procedentes de Osetia del Norte, cruzaron el túnel del Rokí y se adentraron en territorio surosetio, dirigiéndose a la capital y produciéndose los primeros enfrentamientos con el Ejército georgiano. Las tropas rusas tomaron la capital surosetia mientras la aviación se adentraba en territorio georgiano destruyendo una base aérea próxima a la capital Tbilisi, así como los escasos aviones operativos y diversas infraestructuras georgianas de gran importancia estratégica. Mientras el Consejo de Seguridad se reunía en sesión de urgencia sin lograr un acuerdo para pedir el cese de las hostilidades, la diplomacia empezó a movilizarse: la presidencia francesa de la UE y Estados Unidos solicitaron la retirada de las tropas rusas, y la OSCE intentó una mediación que no condujo a ninguna salida.

Las operaciones militares rusas produjeron resultados fulminantes para los intereses georgianos, pues la aviación rusa bombardeó la ciudad de Gori, a 40 kilómetros de la capital georgiana y cuna de Stalin, ampliando las operaciones aéreas a Abjasia, donde atacaron a las fuerzas georgianas establecidas en el valle del Kodori, así como al puerto de Poti en el Mar Negro, donde se registraban los primeros movimientos de la flota rusa, lo que llevó al Gobierno y Parlamento de Georgia a declarar el estado de guerra, a movilizar a la población masculina entre 25 y 40 años con instrucción militar en el último trienio y a repatriar a los dos mil soldados georgianos desplegados en Irak.

Las peticiones de alto el fuego procedentes de organizaciones internacionales y diversos mandatarios que empezaron a llegar a la capital georgiana, Tbilisi, así como una nueva reunión del Consejo de Seguridad no impidieron que los combates prosiguieran con gran dureza, mientras más de treinta mil civiles surosetios se habían refugiado en Osetia del Norte, huyendo de los combates. El Gobierno ruso manifestó que aceptaría el alto el fuego y el inicio de las negociaciones si se cumplían dos condiciones: que Georgia se retirara a los límites fijados por el acuerdo de 1992 y que firmara un tratado en el que renunciara al uso de la fuerza para resolver el conflicto.

La situación militar iba empeorándose para Georgia pues tras ser expulsadas de la capital surosetia, Tsjinvali, las tropas georgianas iban batiéndose en retirada hacia el Sur, siendo forzados por los combatientes rusos y surosetios a dirigirse hacia territorio georgiano. Paralelamente, en una demostración de fuerza, Rusia desplegaba buques de la flota del Mar Negro

frente a la costa georgiana, hundiendo una patrullera lanzamisiles de dicho país. Ucrania, donde tiene su sede la flota rusa del Mar Negro, advirtió que se reservaba el derecho de prohibir el retorno a su base de Crimea a los buques rusos, al mismo tiempo que el presidente ucraniano Yúshenko enviaba a Tbilisi a su Ministro de Asuntos Exteriores para intentar una mediación que Rusia rechazó al declarar que Ucrania había armado a Georgia, por lo que no tenía ningún derecho moral a desempeñar un papel mediador en el conflicto.

Mientras tanto la otra región secesionista, Abjasia, trataba de beneficiarse del conflicto surosetio para asentar su posición. En efecto, carros de combate abjasios apoyados por infantería entraron en Gali, en la zona desmilitarizada situada junto a la frontera sur con Georgia, donde llegó a controlar una zona junto al río Inguri. Por otra parte, la artillería y la aviación abjasia bombardearon sistemáticamente la parte alta del valle del Kodori, la única zona de la república separatista controlada por los georgianos.

El día 10 de agosto, tercer día del conflicto, el Consejo de Seguridad volvió a reunirse en sesión extraordinaria sin llegar a ningún acuerdo. Estados Unidos y los miembros permanentes occidentales acusaron a Rusia de la escalada bélica en Georgia, al mismo tiempo que exigían que se respetara su soberanía y su integridad territorial, volviendo a la situación anterior al inicio del conflicto. Por su parte Rusia comparó la operación rusa en el Cáucaso con la realizada en 1999 por las fuerzas de la OTAN en Kosovo, aludiendo que estaban operando como fuerzas de paz y no de ocupación, y negándose a aceptar un alto el fuego si no había una retirada real de las tropas georgianas de Osetia del Sur. Aunque Estados Unidos intentó aprobar una resolución exigiendo el cese de las hostilidades, el veto ruso lo hizo imposible. Tras cuatro reuniones de urgencia, el bloqueo del Consejo de Seguridad condicionó también la actitud del Secretario General quien a través de un comunicado se limitó a declararse alarmado por las hostilidades en Georgia.

En un intento de frenar la escalada militar, Bernard Kouchner, Ministro de Asuntos Exteriores francés, cuyo país ejercía la presidencia semestral de la UE, se reunió en Tbilisi con el presidente georgiano Mijaíl Saakashvili, para negociar la propuesta francesa de alto el fuego basada en tres puntos: cese inmediato de las hostilidades; respeto a la integridad territorial de Georgia y restablecimiento de la situación anterior al comienzo del conflicto, propuesta que sería aceptada por el presidente georgiano. Durante los días 11 y 12 de agosto, la guerra cobró una nueva dimensión, pues Rusia expandió su ofensiva más allá de los territorios separatistas de Abjasia y Osetia del Sur, que se encontraban ya bajo su control, al penetrar por el occidente georgiano, en la región de Senaki, lo que constituía la primera invasión en toda regla de un país soberano tras la desintegración de la Unión Soviética. Tras ocupar la ciudad de Senaki y el puerto de Poti, las tropas rusas llegaron hasta las puertas de Gori, la segunda ciudad del país, lo que obligó al Ejército georgiano a replegarse para proteger la capital, Tbilisi, situada a tan sólo sesenta kilómetros. El avance ruso en territorio georgiano que se produjo después de que Georgia firmara un alto el fuego unilateral, desató la condena internacional. Tanto la UE, como la OTAN, Estados Unidos y el G-7 exigieron a Rusia el fin de la ofensiva y el respeto a la integridad territorial de Georgia.

El acuerdo negociado por Kouchner con el presidente georgiano, fue presentado por Sarkozy al presidente ruso en Moscú el día 12 de agosto, que lo aceptó igualmente. A pesar de que el cese de las hostilidades figuraba en dicho acuerdo, las tropas rusas y las de sus aliados surosetios continuaron sus operaciones armadas en territorio georgiano durante los días posteriores, lo cual provocó que Georgia acusara a Rusia de violar el alto el fuego. Las operaciones más contundentes se llevaron a cabo en la ciudad de Gori, en la que los tanques rusos destruyeron las instalaciones militares de la Brigada de Artillería del Ejército georgiano, que habían sido abandonadas durante la ofensiva rusa. Estados Unidos reaccionó con dureza a la actuación rusa y en la mayor demostración de respaldo a su aliado georgiano, el presidente Bush anunció

el envío de buques y aviones militares de ayuda humanitaria a Georgia, exigiendo que Rusia detuviera sus ataques y solicitando al mismo tiempo una reunión de urgencia de la OTAN.

Por otra parte, los Ministros de Asuntos Exteriores de la UE acordaron enviar observadores para verificar el acuerdo de alto el fuego negociado por el presidente francés en nombre de la Unión con los presidentes ruso y georgiano. En relación con dicho acuerdo, conviene señalar que después de que Sarkozy viajara en la noche del 12 de agosto a Tbilisi con el documento de seis puntos consensuado con el presidente ruso Medvedev, tuvo que volver a llamar a éste para convencerle de que permitiera introducir modificaciones en el texto, ya que el presidente georgiano se negaba a aceptar el documento si no se eliminaba la alusión al futuro estatus de Abjasia y Osetia del Sur, ya que aquella abría, aunque fuera hipotéticamente, las puertas a un posible reconocimiento de las regiones separatistas. El presidente ruso accedió a eliminar la alusión al estatus, con lo cual el sexto punto, en su versión definitiva, recogía tan solo la necesidad de iniciar un debate internacional para garantizar la estabilidad de ambas regiones, lo cual permitiría, no obstante a los rusos, plantear igualmente su anexión o su independencia.

Mientras tanto, y aprovechando la situación creada por el conflicto en Osetia del Sur, los separatistas de Abjasia habían conquistado durante el 12 de agosto los altos del desfiladero del Kodori, última porción del territorio abjasio que no estaba bajo control de los separatistas desde que en julio de 2006, las fuerzas georgianas se apoderaron de la zona, creando el llamado Gobierno de Abjasia en el exilio. La acción militar de los separatistas abjasios fue apoyada por Rusia, reforzando su presencia militar con 9.000 soldados y 350 blindados, además de patrullar las costas situadas frente a la región separatista con buques de guerra de la flota del Mar Negro, con base en Crimea. Esta medida provocó que el presidente ucraniano, Viktor Yúshenko, adoptara un decreto presidencial para exigir un permiso especial a los buques, aviones y personal de la flota rusa para cruzar la frontera hacia Crimea. Ante ello Rusia calificó el decreto de ilegítimo y aseguró que Ucrania no podía controlar la flota rusa del Mar Negro por lo que ignoraría el decreto actuando en consonancia con los acuerdos bilaterales adoptados sobre dicha flota.

Tras una escala en París donde se entrevistó con Sarkozy en un intento de hacer pública su coincidencia sobre la crisis, sobre todo en lo que se refería a la integridad territorial de Georgia, la secretaria de Estado norteamericana Condoleezza Rice, llegó a Tbilisi. Después de cuatro horas de tensas y largas negociaciones con el presidente georgiano, Rice logró que éste firmara el acuerdo consensuado previamente con Rusia, con la firme promesa de que Estados Unidos y la comunidad internacional ayudarían a reconstruir Georgia, y destacando que el acuerdo exigía la retirada inmediata de las tropas rusas de territorio georgiano. Dado que el acuerdo preveía el envío de observadores internacionales, Rice aseguró además que se habían entablado contactos con la OSCE a tal efecto.

El documento consensuado unos días antes con su homólogo francés en calidad de presidente semestral de la UE, fue firmado igualmente por Medvedev el día 16 de agosto. El plan patrocinado por Francia, contemplaba en sus primeros puntos la renuncia al empleo de la fuerza, así como un alto el fuego real y el acceso a la ayuda humanitaria. El cuarto punto preveía la retirada de las tropas georgianas a los lugares de emplazamiento permanente, mientras que el quinto establecía el repliegue de las tropas rusas a las líneas anteriores al comienzo de los combates. Sin embargo este punto contenía una frase que permitía a Rusia adoptar medidas de seguridad adicionales, hasta la puesta en marcha de los correspondientes mecanismos internacionales. El sexto y último punto, que había sido modificado por la negativa del presidente georgiano a aceptarlo por la alusión expresa al estatuto futuro de Abjasia y Osetia, según advertimos anteriormente, contenía en su versión final una referencia al comienzo de un debate internacional para hallar los mecanismos que garanticen la seguridad de ambas regiones. Las interpretaciones dadas por georgianos y rusos a este punto fueron radicalmente distintas, ya que mientras para los primeros abría la posibilidad de reemplazar a los rusos por fuerzas de

pacificación internacional, para Rusia, suponía abrir la vía al reconocimiento de Abjasia y Osetia del Sur.

Conviene señalar, asimismo, que ambas partes se acusaron mutuamente de perpetrar actos de limpieza étnica y graves abusos contra el Derecho Internacional Humanitario durante los días en que se desarrollaron los combates. Human Rights Watch denunció en un primer Informe publicado el 15 de agosto que Rusia había utilizado bombas de racimo sobre Gori y otras localidades georgianas y aseguró que el Kremlin y sus aliados surosetios habían exagerado el número de víctimas causadas por el ataque georgiano contra Osetia del Sur. Con posterioridad la organización publicó otros dos Informes en los que afirmaba que ambas partes habían cometido violaciones del Derecho Internacional Humanitario y utilizado bombas de racimo en sus operaciones armadas (Cfr. los Informes de Human Rights Watch: *Up in Flames: Humanitarian Law Violations in the Conflict Over South Ossetia* y *A Dying Practice: Use of Cluster Munitions by Russia and Georgia in August 2008*. Disponibles en <http://www.hrw.org/es/europecentral-asia/georgia>). Las acusaciones de ambas partes continuaron produciéndose durante los días que siguieron al desencadenamiento de las operaciones militares. Así, mientras el presidente ruso Medvedev y los dirigentes surosetios acusaron a las tropas georgianas de cometer genocidio en Osetia del Sur, Georgia inició acciones a partir del 11 de agosto contra Rusia ante la Corte Internacional de Justicia, en relación con los actos cometidos en el territorio georgiano y sus alrededores «en violación de la Convención internacional contra todas las formas de discriminación racial», fundamentando su competencia en el artículo 22 de la citada Convención y reservándose el derecho de invocar igualmente el artículo IX de la Convención contra el genocidio de las que ambos Estados son partes. En sus alegaciones Georgia sostuvo que Rusia, «en razón de las acciones cometidas por medio de sus órganos y agentes de Estado, y de otras personas y entidades que ejercen una autoridad gubernamental, y por medio de las fuerzas separatistas de Osetia del Sur y Abjasia y de otros agentes actuando bajo sus instrucciones y bajo su dirección y control, ha devenido responsable de violaciones graves de las obligaciones fundamentales que le impone la Convención, en particular de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6».

Tres días después de haber sido firmado el acuerdo por Medvedev, los tanques rusos seguían apostados en Ingoeti, a tan sólo 40 kms de Tbilisi. Todo parecía indicar, por lo tanto, que Rusia no tenía ninguna prisa en abandonar el territorio georgiano, a pesar de las presiones de los países occidentales. Estas se intensificaron tras la continuada presencia rusa en el puerto de Poti, segundo puerto en importancia de Georgia después del de Batumi y sede de la armada georgiana. Aunque el día 22 de agosto, Rusia anunció que había concluido el proceso de retirada y se había replegado a una zona de seguridad y a Osetia del Sur, Francia y Estados Unidos pusieron en duda la retirada rusa y exigieron a Rusia que se replegase a las posiciones previas a la intervención georgiana en Osetia del Sur.

El Consejo de Seguridad, en sesión celebrada el 21 de agosto, fue una vez más testigo de la división existente entre sus miembros permanentes, lo que paralizó cualquier posibilidad de consensuar una resolución aceptada por ambas partes. En efecto, Rusia que contaba con el apoyo de China, patrocinó uno de los textos discutidos en el seno del Consejo en el que invocaba su derecho a intervenir para proteger a sus nacionales, ante lo que calificó como una operación de limpieza étnica por parte de Georgia, insistiendo en que cualquier resolución adoptada por el Consejo debía tener en cuenta la voluntad de independencia de los ciudadanos de Osetia del Sur y de Abjasia, argumentos que según el embajador ruso, fueron utilizados por la OTAN y convalidados posteriormente por las Naciones Unidas en el caso de Kosovo. Por su parte, la propuesta francesa, apoyada por Estados Unidos y Reino Unido, reafirmaba la integridad territorial y la soberanía de Georgia dentro de las fronteras reconocidas internacionalmente.

Dando una vuelta más a la tuerca de las tensas relaciones entre Rusia y Occidente, el presidente ruso Medvedev firmó en 26 de agosto dos decretos por los cuales reconocía a Osetia del Sur y Abjasia como Estados independientes, práctica que ha sido seguida solamente por

Nicaragua y Venezuela. El día anterior, las dos cámaras representativas rusas habían votado unánimemente una resolución parlamentaria que solicitaba al presidente ruso el reconocimiento de tales regiones como Estados soberanos.

La retirada de las tropas rusas del interior de Georgia fue finalmente posible tras un nuevo acuerdo que fijaba las modalidades de aplicación del acuerdo de 12 de agosto mediante la aceptación por parte del presidente ruso Medvedev de un calendario concreto de retirada y consensuado durante la visita efectuada por el presidente de turno de la UE a Moscú, el 8 de septiembre de 2008. El calendario establecía un plazo de una semana para abandonar las posiciones rusas entre el puerto de Poti y la localidad de Senaki, y de un mes para restringir su presencia a los territorios de Abjasia y Osetia del Sur. El acuerdo preveía la total retirada de las tropas rusas de la zona adyacente a Osetia del Sur y Abjasia. Dicha retirada se realizaría en el transcurso de diez días después de que en estas zonas se desplegaran mecanismos internacionales de observación, incluyendo un mínimo de doscientos observadores de la UE. Por otra parte, se acordó convocar una conferencia internacional en Ginebra para el día 15 de octubre de 2008, con el objetivo de discutir las cuestiones de seguridad en ambas regiones además de otras cuestiones relativas a los refugiados y a las personas desplazadas por el conflicto.

De conformidad con el acuerdo el Consejo aprobó, el 15 de septiembre de 2008, la formación de una Misión de Observación de la UE para Georgia (EUMM) y el envío de trescientos observadores que deberían desplegarse en la zona de seguridad el 1 de octubre, en coordinación con la OSCE y la Misión de Observación de las Naciones Unidas en Georgia (UNOMIG). Siguiendo el calendario previsto, el día diez de octubre, los observadores de la UE desplegados en dicha zona desde el día uno del mismo mes, confirmaron la retirada de las tropas rusas de las zonas adyacentes a ambas regiones.

Mientras tanto Rusia ha ido adoptando medidas para consolidar la situación de Abjasia y Osetia del Sur como nuevos Estados independientes. En efecto, a los tratados de amistad, cooperación y asistencia mutua, que incluyen garantías militares, firmados por el presidente ruso Medvedev el 17 de septiembre de 2008 con los líderes de los enclaves separatistas de Osetia del Sur y Abjasia, se unieron a finales de abril de 2009 sendos acuerdos mediante los cuales Rusia asumirá la parte más importante de las tareas destinadas a transformar en fronteras internacionales los límites de ambas regiones con Georgia, financiando igualmente la construcción de instalaciones de control y seguridad, así como reemplazando a sus propios guardafronteras en la línea divisoria con Georgia, lo que implicará un incremento cualitativo de las unidades militares.

Por otra parte, y de conformidad con el acuerdo adoptado, se iniciaron las conversaciones entre ambas partes en Ginebra el 14 de octubre de 2008, con la mediación de la UE y de la OSCE y con el objetivo de estabilizar la seguridad en el territorio y permitir el retorno a las personas desplazadas por el conflicto. Aunque las conversaciones se rompieron al día siguiente de iniciarse, ambas partes acordaron volver a reunirse a mediados de noviembre y han seguido convocándose durante todo este año de 2009. Las negociaciones de Ginebra asocian a Georgia, Federación Rusa y representantes de Abjasia y Osetia del Sur, así como de la UE y de la OSCE. Las conversaciones, que se desarrollan en el marco de dos grupos de trabajo, uno sobre la seguridad y el otro sobre los refugiados y las personas desplazadas, avanzan muy lentamente, pues no han sido capaces de llegar a un acuerdo sobre el acceso a los territorios de los convoyes que distribuyen la ayuda humanitaria, con lo que no se han cumplido las exigencias sobre la materia contenidas en la Resolución 1866 del Consejo de Seguridad, de 13 de febrero de 2009, que decidió prorrogar el mandato de la Misión de las Naciones Unidas en Georgia (UNOMIG) hasta el 15 de junio del mismo año. Durante la 4.^a sesión, desarrollada los días 17 y 18 de febrero de 2009, se consensuaron propuestas para mecanismos comunes de prevención y de respuesta de posibles incidentes en Abjasia y Osetia del Sur. De conformidad con dicho acuerdo, las fuerzas de seguridad de todas las partes implicadas así como de los observadores

internacionales deberán reunirse al menos una vez por semana e incluso más si es necesario, y podrán efectuarse inspecciones conjuntas. (Cfr. «Highlights of Press Conference by Co-Chairs of Geneva Discussions». 18 february 2009. Disponible en http://www.unog.ch/unog/website/news_media.nsf).

Como hemos apuntado anteriormente y con el objetivo prioritario de salir de la influencia rusa y de aproximarse a las estructuras occidentales, el Gobierno georgiano solicitó formalmente el ingreso en la OTAN en 2008, tras haber suscrito un acuerdo de asociación con dicha organización en octubre de 2004 (Individual Partnership Action Plan). Esta actitud provocó fuertes recelos en Moscú, al interpretar que la aproximación georgiana a Occidente, formaba parte de un plan más amplio que incluía la expansión de la OTAN y de la UE hacia el Este, la amenaza del escudo antimisiles y, en definitiva, la pérdida de influencia en un espacio que ha formado parte históricamente de su entorno desde el punto de vista político y geoestratégico.

Estados Unidos se convirtió en el principal valedor de esta estrategia georgiana, aunque la Administración Bush no logró incluir a Georgia (ni tampoco a Ucrania) entre los nuevos miembros admitidos en el Consejo del Atlántico Norte celebrado en abril de 2008 en Bucarest (Vid. texto oficial de la Declaración Final en http://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_8443.htm).

La presión rusa logró retrasar la admisión pero no que la OTAN descartara definitivamente la candidatura en el futuro, condicionada a la siguiente evaluación que debía realizarse en diciembre del mismo año y al progreso del acuerdo que en su caso se adoptaría entre Georgia y la OTAN (Membership Action Plan-MAP). Dicha cumbre fue precedida por una serie de reuniones restringidas tanto de los Jefes de Estado como de los Ministros de Asuntos Exteriores que fueron convocadas a petición del presidente norteamericano George Bush, con el objetivo principal de forzar una aceptación de las candidaturas de Georgia y Ucrania a pesar de la oposición de varios aliados, en particular Francia y Alemania, que querían evitar de esta forma desairar a Rusia. El aparente fracaso del presidente norteamericano en la que debía ser su última cumbre de la OTAN, se amortiguó en la Declaración Final con la promesa de acceder al MAP y posteriormente a la OTAN, aunque sin fecha determinada.

Sin lugar a dudas, «la guerra de los cinco días» ha debilitado considerablemente las perspectivas de Georgia para un rápido ingreso en la OTAN. Frustradas tales expectativas, el Gobierno georgiano ha presionado recientemente a la nueva Administración Obama para conseguir que Estados Unidos se implique más en su conflicto con Rusia, insistiendo en que el Gobierno norteamericano envíe observadores sobre el terreno, que se sumarían a la misión que tiene la UE en las lindes administrativas de Abjasia y Osetia del Sur. Georgia desea igualmente que Estados Unidos le suministre nuevo armamento, en particular sistemas de defensa antiaérea y antitanques. El Gobierno norteamericano se ha limitado a respaldar la ambición de Georgia de adherirse a la OTAN pero sin adquirir compromisos respecto a fechas concretas ni tampoco sobre el suministro de armamento, lo cual sería interpretado por Rusia como una provocación, en un momento de sensible mejora de las relaciones ruso-norteamericanas, tras la llegada de Obama al poder en Estados Unidos.

Como hemos podido constatar anteriormente, la UE ha tenido un papel protagonista en la resolución del conflicto de Georgia, aunque sin lugar a dudas, éste ha tenido repercusiones en las relaciones bilaterales Rusia-UE. En un primer momento, y a petición del Reino Unido, el Consejo acordó revisar las relaciones con Rusia dado el malestar provocado por su incursión militar en Georgia, manifestado de forma particularmente evidente por algunos miembros como el propio Reino Unido, Suecia, Polonia o los países bálticos (otros miembros, como Alemania, Francia e Italia, que mantienen intensas relaciones económicas con Rusia, aunque condenaron igualmente la intervención rusa en Georgia y exigieron que se detuviera la violencia, no se manifestaron con tanta contundencia). En esta misma línea de actuación, el Consejo Europeo, reunido en sesión extraordinaria en Bruselas el 1 de septiembre de 2008, decidió

aplazar las negociaciones sobre el Acuerdo de Cooperación y Asociación con la Federación Rusa hasta que ésta cumpliera los seis puntos del citado acuerdo de paz propuesto por la UE y aceptado por ambas partes el 12 de agosto de 2008. La UE había aprobado en mayo del mismo año, el inicio de las negociaciones para renovar el Acuerdo de 1994, negociaciones que habían sido bloqueadas por Polonia y Lituania (Cfr. BLANC ALTEMIR, A.: «Un cambio de escenario en las relaciones Unión Europea-Federación Rusa». *REDI*, vol. LX, 2008, págs. 317-324) y que ahora de nuevo se suspendían por el conflicto de Georgia.

Durante la Cumbre bilateral UE-Rusia, celebrada el 14 de noviembre de 2008 en Niza, la Unión Europea constató que Rusia había cumplido con lo esencial de sus compromisos: alto el fuego, retirada casi total de las tropas, despliegue de observadores e inicio de las conversaciones de Ginebra. Como consecuencia de ello, el presidente de la Comisión invitó a seguir las negociaciones sobre el Acuerdo de Cooperación y Asociación, reafirmando asimismo el apoyo de la UE a la entrada de Rusia en la OMC.

En cualquier caso, el conflicto ruso-georgiano ha reforzado la impresión de que Rusia ha intentado recuperar el espacio perdido en su «patio trasero». La UE, que también tiene intereses en la compleja región del Cáucaso y que recientemente demuestra una disposición más decidida a defenderlos involucrándose de forma más directa en la resolución de los conflictos allí presentes, ha optado por una posición pragmática en el conflicto ruso-georgiano. En efecto, y a pesar de que algunos miembros reclamaban una posición de mayor dureza y tras un corto período de reflexión, la UE retomó su habitual actitud en relación con Rusia, no suspendiendo su Cumbre bilateral de noviembre en Niza y reiniciando las negociaciones para el Acuerdo de Cooperación y Asociación, suspendidos como consecuencia de la intervención rusa en Georgia.

La complejidad y la interdependencia de las relaciones Rusia-UE con el factor energético, la construcción de una vecindad común y de un espacio común de seguridad exterior, como pilares fundamentales de tales relaciones, determinan la conveniencia de una redefinición de las relaciones bilaterales, intensificando, al mismo tiempo, el nivel de cooperación alcanzado hasta el momento con un sentido pragmático y selectivo que supere las contradicciones e insatisfacciones generadas en los últimos años tras los procesos de ampliación de la UE, pero también de la OTAN, hacia el Este. La UE no puede abdicar de sus principios y valores profundamente democráticos ni condicionarlos frente a una creciente dependencia energética rusa, ni frente a una profundización de las relaciones económicas y comerciales, por muy deseables que éstas resulten. Sin lugar a dudas la evidente falta de proporcionalidad en la respuesta rusa a la intervención georgiana en Osetia del Sur, no parecen indicar que Rusia esté dispuesta a transitar por ese camino, sino a recuperar su esfera de influencia en una región que, siendo vital para sus intereses, lo es igualmente para la Unión Europea.

Con independencia de que el citado Informe Tagliavini, determina que aunque Georgia inició el conflicto a gran escala, todas las partes quebrantaron el Derecho internacional, de la desproporcionada intervención de la Federación Rusa en el conflicto, primera en un país soberano desde la desaparición de la Unión Soviética, pueden extraerse varias consideraciones. En primer lugar que Rusia ha demostrado que es capaz de recuperar la influencia perdida en una zona que sigue siendo vital para sus intereses. Sin lugar a dudas el proceso de reafirmación de la posición de Rusia, espoleada por el incremento de los ingresos derivados de sus ingentes recursos energéticos, ha encontrado en el conflicto de Georgia la ocasión propicia para manifestarse en toda su intensidad.

En segundo lugar, la intervención militar rusa en Georgia ha aumentado considerablemente la sensación de vulnerabilidad de algunos de los países antiguamente sometidos a la influencia soviética, algunos de los cuales forman parte actualmente de la UE y de la OTAN. La intervención rusa ha transmitido a estos países el mensaje de que no basta con tener una estrecha relación con algunos países occidentales, por muy poderosos que sean, ni incluso con ser

miembros de tales organizaciones, para escapar de su influencia y mucho menos si es objeto de provocación, lo cual ha mermado notablemente la credibilidad occidental.

En tercer lugar, la previa intervención georgiana en Osetia del Sur, ha brindado la ocasión que Rusia esperaba para hacer realidad sus amenazas vertidas con ocasión del reconocimiento de Kosovo por la mayoría de países occidentales, en el sentido de que tal reconocimiento tendría repercusiones muy negativas y de que desde la óptica rusa no existía ninguna diferencia entre Kosovo, y Osetia del Sur o Abjasia.

Finalmente, la OTAN y la UE tras un breve período de suspensión de las relaciones con Rusia, han normalizado los contactos bilaterales desde una posición de pragmatismo, aunque sin abandonar a Georgia, cuya candidatura para ingresar en la Alianza se ha visto ralentizada como consecuencia del desarrollo del conflicto. Sin embargo, superada ya la tensión generada por el mismo coincidiendo con la última etapa de la Administración Bush, el deshielo propiciado por el nuevo inquilino de la Casa Blanca, que se ha visto concretado en las propuestas de desarme y en particular en las alternativas al escudo antimisiles, no debe ser incompatible con la dejación de los intereses occidentales en la región. El conflicto ha demostrado igualmente la capacidad de acción que una presidencia fuerte de la UE puede desplegar, pero al mismo tiempo ha puesto de manifiesto la necesidad de reforzar la política exterior, en particular frente a Rusia.

Antonio BLANC ALTEMIR

Universidad de Lleida