

EL TRIBUNAL GENERAL PONE FIN A LA SINRAZÓN DEL CONSEJO Y LA COMISIÓN (SENTENCIAS DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2021): NO HABRÁ MÁS ACUERDOS PARA EXPLOTAR LOS RECURSOS NATURALES DEL SAHARA OCCIDENTAL SIN EL CONSENTIMIENTO DEL FRENTE POLISARIO

Por

JUAN SOROETA LICERAS
Profesor Titular de Derecho Internacional Público
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

juanfrancisco.soroeta@ehu.es

Revista General de Derecho Europeo 56 (2022)

RESUMEN. El presente estudio analiza las sentencias de 29 de septiembre de 2021 del TG que anulan las Decisiones relativas a la explotación de los recursos naturales del Sahara Occidental en materia de pesca y de libre comercio. Por una parte, el autor celebra que el TG haya corregido la deriva política de ambas Decisiones y que haya establecido que los acuerdos solo serán válidos si cuentan con el consentimiento del pueblo saharauí, y que este solo puede ser manifestado a través del Frente POLISARIO. Pero, por otra, critica que el TG mantenga los efectos de ambas Decisiones hasta que el TJUE dicte sentencia en casación, pese que, de conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ambas Decisiones son nulas, por violar una norma de derecho imperativo (el derecho de autodeterminación).

PALABRAS CLAVE: Sahara Occidental, pueblo saharauí, libre determinación de los pueblos, *ius cogens*, consentimiento

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PROCEDIMIENTOS PREVIOS ANTE EL TJUE (2015-2018). 1. Los recursos del Frente POLISARIO (2012). 2. La cuestión prejudicial planteada por la *High Court* británica (2015). 3. Las sentencias del TG (2016) y del TJUE (2018). Los acuerdos no son nulos porque “no son aplicables o se aplican” en el Sahara Occidental. Para que su aplicación sea acorde con el Derecho internacional deben contar con el consentimiento del “pueblo del Sahara Occidental”. 4. La maniobra de la Comisión para obtener el “consentimiento de las poblaciones afectadas” e incluir expresamente en la Decisión impugnada la aplicación de los acuerdos en el Sahara Occidental. III. LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO. 1. La Decisión 2019/217 del Consejo, de 28 de enero de 2019, y el recurso del Frente POLISARIO. 2. La Sentencia del TG de 29 de septiembre de 2021. 2.1. Admisibilidad. 2.1.1. El Frente POLISARIO posee personalidad jurídica, subjetividad internacional y legitimación para intervenir ante el TJUE. 2.1.2. El Frente POLISARIO está directamente afectado por la Decisión recurrida. 2.1.3. El Frente POLISARIO está individualmente afectado por la Decisión recurrida. 2.2. El fondo del asunto. 2.2.1. La “situación particular del Sahara Occidental” no exime de la obligación de obtener el consentimiento del pueblo saharauí. 2.2.2. La sustitución del requisito del consentimiento del pueblo saharauí por consultas a las “poblaciones afectadas” no forma parte del margen de apreciación de las instituciones en el marco de las relaciones exteriores, y no excluye su control jurisdiccional por el TJUE. 2.2.3. El carácter colectivo del derecho de autodeterminación de los pueblos no impide su invocabilidad. 2.2.4. La UE no puede reconocer la soberanía de Marruecos sobre el Sahara Occidental. 2.2.5. El principio del efecto relativo de los tratados es aplicable a los TNA de la misma forma que a los Estados. 2.2.6. Las consultas realizadas por la Comisión a “las

poblaciones afectadas” no constituyen el consentimiento del “pueblo del Sahara Occidental” exigido por el TJUE. 2.3. El mantenimiento de los efectos de la Decisión. IV. LOS ACUERDOS DE PESCA. 1. La Decisión 2019/441 del Consejo, de 4 de marzo de 2019, y el recurso del Frente POLISARIO. 2. La Sentencia del TG de 29 de septiembre de 2021. V. CONCLUSIONES.

THE GENERAL COURT PUTS AN END TO THE COUNCIL AND COMMISSION'S UNREASONABLENESS (JUDGMENTS OF 29 SEPTEMBER 2021): NO MORE AGREEMENTS TO EXPLOIT WESTERN SAHARA'S NATURAL RESOURCES WITHOUT THE CONSENT OF THE POLISARIO FRONT

ABSTRACT: This study analyses the judgments of 29 September 2021 of the TG annulling the Decisions on the exploitation of Western Sahara's natural resources in the areas of fisheries and free trade. On the one hand, the author welcomes the fact that the TG has corrected the political drift of both decisions and has established that the agreements will only be valid if they have the consent of the Saharawi people, which can only be expressed through the POLISARIO Front. On the other hand, however, it criticises the fact that the GC has maintained the effects of both decisions until the CJEU rules in cassation, despite the fact that, in accordance with Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, both decisions are null and void, as they violate a rule of mandatory law (the right to self-determination).

KEY WORDS: Western Sahara, Saharawi people, self-determination of peoples, *ius cogens*, consent

SUMMARY. I. INTRODUCTION. II. PRELIMINARY PROCEEDINGS BEFORE THE COURT OF JUSTICE (2015-2018). 1. The appeals of the POLISARIO Front (2012). 2. The question referred for a preliminary ruling by the British High Court (2015). 3. The judgments of the GC (2016) and the CJEU (2018). The agreements are not null and void because they are "not applicable or applied" in Western Sahara. For their application to be in accordance with international law they must have the consent of the "people of Western Sahara". 4. The Commission's manoeuvre to obtain the "consent of the concerned populations" and expressly include the implementation of the agreements in Western Sahara in the contested decision. III. THE FREE TRADE AGREEMENTS. 1. Council Decision 2019/217 of 28 January 2019 and the appeal by the POLISARIO Front. 2. The GC ruling of 29 September 2021. 2.1. Admissibility. 2.1.1. The POLISARIO Front has legal personality, international subjectivity and standing to intervene before the CJEU. 2.1.2. The POLISARIO Front is directly concerned by the contested decision. 2.1.3. The POLISARIO Front is individually concerned by the contested decision. 2.2. The merits of the case. 2.2.1. The "special situation of Western Sahara" does not exempt the obligation to obtain the consent of the Saharawi people. 2.2.2. The replacement of the requirement of the consent of the Saharawi people by consultations with the "concerned populations" does not form part of the margin of discretion of the institutions in the context of external relations, and does not preclude judicial review by the CJEU. 2.2.3. The collective nature of the right to self-determination of peoples does not preclude its invocability. 2.2.4. The EU cannot recognise Morocco's sovereignty over Western Sahara. 2.2.5. The principle of the relative effect of treaties is applicable to Non-Self-Governing Territories in the same way as to States. 2.2.6. The consultations carried out by the Commission with "the concerned populations" do not constitute the consent of the "people of Western Sahara" required by the CJEU. 2.3. The maintenance of the effects of the Decision. IV. THE FISHERIES AGREEMENTS. 1. The Council Decision 2019/441 of 4 March 2019 and the appeal by the POLISARIO Front. 2. The Judgment of the GC of 29 September 2021. V. CONCLUSIONS

Fecha de recepción: 28.12.2021

Fecha de aceptación: 19.1.2022

I. INTRODUCCIÓN

El 13 de noviembre de 2020, víspera del 45 aniversario de la firma de los acuerdos tripartitos de Madrid, el Frente POLISARIO proclamó el fin del alto el fuego, que estaba en vigor desde el 6 de septiembre de 1991. Un incidente producido en la frontera del Sahara Occidental con Mauritania¹ fue el detonante de esta decisión, aunque no era más que la gota que colmaba el vaso. De hecho, era sorprendente que el movimiento de liberación nacional saharauí (en adelante MLN) no hubiera roto antes el alto el fuego; en especial, desde que en 2000 Marruecos anunció su decisión de retirarse del plan de paz y de rechazar definitivamente la celebración de un referéndum de autodeterminación. En 1991 los saharauís habían decidido cambiar las armas por las urnas, confiando en que las Naciones Unidas organizarían un referéndum de autodeterminación para poner fin al conflicto, de la misma forma que habían hecho en 1999 en Timor Oriental. Pese a los interminables obstáculos que puso Marruecos en su camino, tras diez años de trabajos, la MINURSO concluyó de forma rigurosa la confección del censo para el referéndum. Solo faltaba que el Consejo de Seguridad impusiera su celebración con la pregunta prevista en el Plan de Paz (independencia o integración en Marruecos) y con el censo que tan costosamente había conseguido finalizar la operación de Naciones Unidas. Sin embargo, el veto francés impidió que el Consejo de Seguridad lo hiciera en el ámbito del Capítulo VII de la Carta, mientras que el Capítulo VI se encontraba en un callejón sin salida desde el momento en que Marruecos anunció su retirada del Plan de Paz. En esta tesitura, una vez comprobada la incapacidad de la Organización para resolver el conflicto, todo parecía indicar que había llegado el momento de que el Frente POLISARIO retomara las armas.

Pese a ello, el MLN saharauí insistió durante casi dos décadas en buscar una solución pacífica al conflicto, que no llegaba como consecuencia de la obstrucción sistemática de Marruecos y Francia y la colaboración, entre otros, de España y de la Unión Europea. De nada sirvieron las resoluciones y declaraciones de la Unión Africana

* Este estudio ha sido elaborado en el marco del Proyecto de investigación titulado “La legalidad de la explotación de los recursos naturales de los territorios sometidos a dominación colonial y neocolonial y de los *global commons*”, PID2020-117936GB-I00, financiado por MCIN/AEI//10.13039/501100011033.

El autor quiere dedicárselo a la memoria de Mohamed Khadad, representante del Frente POLISARIO en la MINURSO, que coordinó las acciones judiciales ante el TJUE hasta su fallecimiento, en abril de 2020.

¹ Sobre este incidente, cf. TORREJÓN RODRÍGUEZ, J.D., “The crisis at Guerguerat and the Escalation of the Western Sahara Conflict”, *Spanish Yearbook of International Law*, nº 22, 2018, pp. 415-426.

en las que se acusaba a Marruecos de ejercer una dominación colonial sobre otro Estado africano, y menos las cada día más surrealistas resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, que después de que una de las partes en el conflicto rechazara sin matices la aplicación del derecho de autodeterminación, continúan reafirmando anualmente su apoyo a una “solución política que sea realista, viable, duradera y aceptable para todas las partes y esté basada en la avenencia (...) y que respete el derecho a la libre determinación”². Esta terminología, cada día más incongruente, y que es precocinada por el “Grupo de Amigos del Sahara Occidental”, en el que España juega un papel clave (uno se pregunta qué hace nuestro país en este “Grupo de Amigos”, cuando, según sus sucesivos gobiernos, en febrero de 1976 puso fin a sus obligaciones como potencia administradora), no consigue que se olvide para qué está la MINURSO en el territorio; su nombre lo dice todo: Misión de Naciones Unidas *para el Referéndum en el Sahara Occidental*. Lamentablemente, el Consejo de Seguridad se ha ido plegando a la presión francesa hasta el punto de mencionar en sus resoluciones la palabra “referéndum” tan solo como parte de la denominación de la MINURSO. De esta forma, si, por una parte, en los territorios ocupados la resistencia a la represión de las fuerzas de ocupación, recrudescida de forma brutal a partir del fin del alto el fuego, sigue siendo pacífica, por otra, y ejerciendo un derecho que le reconoce el ordenamiento internacional en su condición de MLN, el Frente POLISARIO decidió retomar las armas.

En el presente estudio, vamos a analizar de forma central la última sentencia del TG, con una referencia puntual pero inexcusable a los procedimientos previos, y vamos a apuntar igualmente algunas cuestiones que pueden ayudar a comprender mejor el contexto regional y general en que se desarrollan, y que afectan muy especialmente a nuestro país. Nos referimos a cuestiones básicas de Derecho internacional general que son clave para la resolución del conflicto (derecho a la libre determinación de los pueblos, soberanía permanente de los pueblos sobre sus recursos naturales, principio *uti possidetis iuris* y reconocimiento de Estados ...), cuya aplicabilidad al caso llegó a ser cuestionada por la Comisión y el Consejo, por considerarlas “de naturaleza política”, y, por tanto, no invocables directamente para impugnar unos acuerdos de carácter económico, pero que, tal y como el TG ha establecido, vinculan jurídicamente a la Unión Europea.

El 10 de diciembre de 2020, coincidiendo paradójicamente con el aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el afortunadamente ya ex presidente de los EEUU, Donald Trump, reconoció la soberanía marroquí sobre el Sahara Occidental, a

² Resolución 2602 (2021) del Consejo de Seguridad, aprobada el 29 de octubre de 2021. Esta resolución reitera los términos de las resoluciones aprobadas en los años anteriores. Entre otras, las resoluciones 2440 (2018), 2468 (2019), 2494 (2019) y 2548 (2020).

cambio de sacar a Israel del ostracismo oficial en que se mantenía con esta parte del mundo. Y decimos “oficial”, porque era un secreto a voces que los servicios secretos marroquíes e israelíes venían colaborando estrechamente desde los años ochenta del siglo pasado³. Este reconocimiento, que, como oportunamente señala GONZÁLEZ VEGA, viola el Derecho internacional⁴, envalentonó al rey de Marruecos, que pensó que produciría un efecto dominó en otros Estados y en la propia Unión Europea, que procederían inmediatamente a otorgarle su reconocimiento.

En otro orden de cosas, la llegada a España (abril de 2021) de Brahim Ghali, líder del Frente POLISARIO y presidente de la República Árabe Saharaui Democrática (RASD), en grave estado de salud como consecuencia de la COVID-19, fue la excusa que necesitaba Marruecos para relanzar su política anexionista. Y lo hizo un par de semanas más tarde haciendo uso del tradicional chantaje migratorio, aunque esta vez con luz y taquígrafos, puesto que, ante las cámaras de televisión, la policía marroquí abrió de par en par las vallas fronterizas, animando a entrar en Ceuta a cerca de 10.000 ciudadanos marroquíes, muchos de ellos menores de edad. Era la forma de la monarquía alauita de “convencer” a las autoridades españolas y europeas de que debían reconocer su soberanía sobre el territorio saharauí. La respuesta de nuestro país no pudo ser más

³ A Israel y Marruecos les ha faltado tiempo para hacer oficial su añeja colaboración militar. Como señalaba recientemente *El País*, un diario nada sospechoso de defender la autodeterminación del pueblo saharauí, “Israel y Marruecos cierran en Rabat un acuerdo de cooperación militar sin precedentes en el mundo árabe.

El compromiso en materia de inteligencia e industria de defensa formaliza una relación que dura medio siglo, en plena crisis con Argelia y el Frente Polisario” (*El País*, 24 de noviembre de 2021).

⁴ Como señala este autor, “la decisión norteamericana -y también la de aquellos Estados que han optado por un reconocimiento implícito de la situación- atenta contra las normas del Derecho internacional y traspasa un límite, en principio infranqueable a la libertad de acción de los Estados. Y es que, si bien el reconocimiento es -en principio- una potestad discrecional de éstos, no lo es, en cambio, cuando existen normas jurídicas internacionales que lo proscriben en concretas situaciones”. Por otra parte, poco importa que el Consejo de Seguridad ignorara tal declaración, dado que “aunque políticamente significativo (...), desde una perspectiva jurídica es innecesario un específico pronunciamiento de los órganos de Naciones Unidas en relación con la ilegalidad del reconocimiento efectuado por D. Trump” (GONZÁLEZ VEGA, J.A., “El reconocimiento por EE.UU. de la anexión marroquí del Sahara Occidental en perspectiva: aspectos jurídicos y políticos”, *REEI*, núm. 41, junio 2021, DOI: 10.17103/reei.41.07, en especial p. 23). En este mismo sentido, se ha señalado que “the recognition is a provocative act that violates international law, and follows other similarly grotesque US unilateral moves such as the recognition of Israel’s illegal annexation of the occupied Syrian Golan Heights and of West Bank settlements” (INWALOMHE D., “Western Sahara’s sovereignty and United States decisión”, 20 de diciembre de 2020), disponible en <https://ehu.idm.oclc.org/login?url=https://www.proquest.com/newspapers/western-sahara-sovereignty-united-states/docview/2469866099/se-2?accountid=17248> (visitada por última vez el 20 de diciembre de 2020). El reconocimiento del gobierno de Trump se realizó, además, en violación de, al menos, dos normas de derecho imperativo: el derecho de autodeterminación de los pueblos y el Derecho internacional humanitario, que prohíbe el traslado de población del Estado ocupante al territorio ocupado. En este sentido, cf. HAMZA HADJ Ch., “When Recognition Violates the Obligation of Non-Recognition: A Legal Criticism of the U.S. Proclamation of Recognition of the “Sovereignty” of Morocco over the Western Sahara”, *Technium Social Sciences Journal*, Vol. 20, June, 2021, p. 385. En general, sobre el reconocimiento de Trump, cf. el estudio de J.A. GONZÁLEZ VEGA mencionado más arriba y la bibliografía citada en él.

descorazonadora: mientras las televisiones de todo el mundo proyectaban imágenes de miles de marroquíes atravesando sin obstáculos las fronteras internacionales de la UE, el gobierno aprobaba una partida de 30 millones de euros para “ayudar a Marruecos en su despliegue policial contra la inmigración irregular”⁵. Una vez más, España pagaba religiosamente el impuesto revolucionario del dictador marroquí, aunque esta vez públicamente, ante la mirada perpleja de la comunidad internacional⁶. Aunque era obvio que no se trataba de una crisis migratoria, sino de una situación provocada intencionadamente por este Estado, estas imágenes dejaron en evidencia ante el mundo la razón última del problema migratorio. Tan solo unos días más tarde, Marruecos reconoció que detrás de este incidente no estaba en realidad el problema planteado por la llegada a España de Brahim Ghali⁷, sino la negativa de la Unión Europea y de España a reconocer su soberanía sobre los territorios ocupados ilegalmente. La pusilanimidad de nuestro país quedó aún más en evidencia cuando, no siendo suficiente la partida de 30 millones de euros para aplacar la “indignación” del rey alauita, y tras las amenazas no

⁵ En este vídeo, el ministro del Interior, Fernando Grande-Marlaska, anuncia que el Consejo de Ministros ha aprobado la ayuda de 30 millones de euros a Marruecos para “controlar la inmigración” (<https://elpais.com/espana/2021-05-18/espana-entregara-30-millones-de-euros-para-ayudar-a-marruecos-para-frenar-la-inmigracion-irregular.html>). Visitada por última vez el 14 de diciembre de 2021.

⁶ A este respecto, y dando un giro de ciento ochenta grados a su tradicional posición respecto del conflicto saharauí, el diario francés *Le Monde* cuestionaba por primera vez las relaciones franco-marroquíes con el siguiente titular: “Crise des migrants à Ceuta: il est temps de sortir d’une certaine naïveté dans le regard porté sur le Maroc. En orchestrant un subit afflux migratoire dans l’enclave espagnole, Rabat a provoqué une grave crise avec Madrid et, par-delà, Bruxelles. L’épisode a jeté une lumière crue sur la véritable nature du régime marocain” (*Le Monde*, 21 de mayo de 2021). Y es que no hay más ciego que el que no quiere ver...

⁷ Aunque no es objeto de este estudio el análisis del procedimiento judicial abierto por la Audiencia Nacional española con ocasión de la presencia de Brahim Ghali en España, dada la utilización política que se ha hecho del mismo (el presidente del Partido Popular, Pablo Casado, llegó a calificarlo de “prófugo buscado por genocidio, terrorismo y violación” -*El Mundo*, 21 de octubre de 2021-), parece necesario hacer al menos una breve referencia al Auto de la Audiencia Nacional por el que sobreesen las actuaciones: “sin necesidad de analizar si los hechos podrían constituir el delito de genocidio (...): Las conductas expuestas en la querrela no integran todos los elementos del delito de genocidio. No se acredita el elemento subjetivo del injusto: la intención conjunta que guía según la querrela a los asesinatos y torturas a los disidentes de destruir total o parcialmente el propio grupo nacional al que pertenecen. No hay rastros de esos subgrupos en los que dividen al Pueblo Saharaui según su localización geográfica. Se trata de forzar la norma penal para lograr la calificación indicada y evitar la aplicación de la figura de la imprescriptibilidad del delito de genocidio contemplado en el Código Penal actual (...) Respecto del resto de alegaciones formuladas por la defensa se comparte el examen de los indicios aportados a la causa fundamentalmente en los hechos relatados en la querrela y las declaraciones de los testigos. Basta la audición de las declaraciones prestadas para apreciar las contradicciones denunciadas por la defensa entre las afirmaciones de la querrela sobre la participación del querrelado en los hechos descritos y el contenido de las testificales de los testigos que han declarado. También se aprecia una insuficiencia manifiesta de detalles relevantes sobre circunstancias de lugar y tiempo de los hechos, detalles concretos de la participación del querrelado Brahim GHALI, descripción del cargo que ocupaba etc. Todo ello resta credibilidad a los testimonios prestados e impide mantener la imputación contra el querrelado” (Auto de 29 de julio de 2021, D. Previa 1/2008, del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional).

veladas de la embajadora marroquí en España, Karima Benyaich⁸, la ministra de Asuntos Exteriores, Arancha González Laya, fue cesada en el cargo.

La perseverancia del pueblo saharauí en su lucha por recuperar su territorio continúa incansable después de 45 años por varias vías: la política (resistencia pacífica de los saharauís a la ocupación militar, de la que el campamento de *Gdeim Izik* fue su máximo exponente), la diplomática (en todos los frentes de las organizaciones internacionales), la bélica (a la que se ha visto abocado por las crecientes violaciones de Marruecos del alto el fuego), y muy especialmente, la judicial. Desde que el 6 de septiembre de 1991 el MLN decidiera suspender la lucha armada, y dada la imposibilidad de avanzar en el marco de las negociaciones políticas, su principal arma debía ser necesariamente el Derecho, y aunque le llevó algún tiempo asumirlo, en 2012 el Frente POLISARIO recurrió los acuerdos entre Marruecos y la Unión Europea. Desde entonces ha pasado ya casi una década, en la que han desaparecido algunos de sus líderes más destacados (en especial, su presidente, Mohamed Abdelaziz, su embajador en la ONU, Ahmed Bujari, y su representante en la MINURSO, Mohamed Khadad). Pero los recursos empiezan a dar sus frutos.

En efecto, el 29 de septiembre de 2021 el Tribunal General ha dictado sendas sentencias anulando las decisiones del Consejo relativas, por una parte, al Acuerdo entre la UE y Marruecos por el que se modifican las preferencias arancelarias concedidas por la UE a los productos de origen marroquí (en adelante, genéricamente “acuerdo de libre comercio”)⁹ y, por otra parte, al acuerdo de colaboración de pesca sostenible entre ambas partes (en adelante, “acuerdo de pesca”)¹⁰.

Los acuerdos anulados eran el resultado de las negociaciones llevadas a cabo entre la Unión Europea y Marruecos para tratar de adaptar los acuerdos previos a un requisito clave establecido por el TJUE en los procedimientos anteriores: contar con el consentimiento del pueblo del Sahara Occidental¹¹. Estos acuerdos pretendían modificar,

⁸ La embajadora marroquí en España critica las declaraciones “inapropiadas” de la ministra de Exteriores y advierte: “Marruecos toma nota y actuará en consecuencia” (<https://elpais.com/espana/2021-05-21/la-embajadora-de-marruecos-en-espana-senala-que-si-galile-sale-de-espana-con-opacidad-se-agravara-el-conflicto-diplomatico.html>), (visitada por última vez el 14 de diciembre de 2021).

⁹ Decisión (UE) 2019/2017 del Consejo, de 28 de enero de 2019, relativa a la celebración del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos sobre la modificación de los Protocolos n.º 1 y n.º 4 del Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra (DO L 34, p. 1).

¹⁰ Decisión (UE) 2019/441 del Consejo, de 4 de marzo de 2019, relativa a la celebración del Acuerdo de colaboración de pesca sostenible entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos, de su Protocolo de aplicación y del Canje de Notas adjunto al Acuerdo (DO L 77, p. 4)

¹¹ Sentencias de 21 de diciembre de 2016, *Consejo/Frente Polisario* (C-104/16) y de 27 de febrero de 2018, *Western Sahara Campaign UK* (C-266/16).

por una parte, los Protocolos del Acuerdo Euromediterráneo de asociación¹², relativos al régimen aplicable a la importación en la Unión Europea de los productos agrícolas originarios de Marruecos, incluyendo expresamente en ellos los productos procedentes del Sahara Occidental, y, por otra, el Acuerdo de Pesca entre la Comunidad Europea y Marruecos¹³, incluyendo en su ámbito de aplicación, igualmente de forma expresa, las aguas adyacentes al territorio saharauí.

Las dos sentencias constituyen el mayor éxito del MLN saharauí (condición que, incomprensiblemente, es cuestionada por el TG, pues es un ejemplo de libro, y se recoge en cualquier manual de Derecho Internacional Público¹⁴) en la búsqueda de un reconocimiento judicial de los derechos del pueblo que representa. Las sentencias previas habían afirmado lo obvio, que el Sahara Occidental es un territorio no autónomo, y que por ello no forma parte de Marruecos, aunque lo habían hecho de una forma muy poco ortodoxa, al aplicar a Marruecos la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, que establece que el territorio colonial tiene una condición jurídica distinta y separada del territorio del Estado que lo administra. Hace ya más de 50 años que esta afirmación forma parte del derecho consuetudinario internacional y tiene como consecuencia que el territorio y las aguas jurisdiccionales del Sahara Occidental no forman parte de España, que es el Estado que lo administra. Pero constituye un error de bulto aplicarlo a Marruecos, porque, tal y como estas mismas sentencias han señalado, este Estado no es la potencia administradora del territorio. Que controle militarmente el territorio no lo convierte en potencia administradora, sino en potencia ocupante, afirmación que tampoco se atreve a hacer el Tribunal, aunque desde el punto de vista del Derecho Internacional no cabe otra calificación.

Estas sentencias no declaraban nulos los acuerdos con un argumento de Perogrullo: si los acuerdos no se aplican en el territorio, no hay nada que anular. El tribunal evitaba así anularlos, pese a ser meridianamente claro que sí se aplicaban tanto en el territorio como en las aguas jurisdiccionales saharauíes. Pero la insistencia de las instituciones europeas en agotar todas las vías imaginables para continuar atendiendo a las exigencias marroquíes, manipulando el concepto de “pueblo del Sahara Occidental”, ha

¹² Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra (DO L 70, 2000, p. 2).

¹³ Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos (DO L 141, 2006, p. 4).

¹⁴ Jaume FERRER considera que “aunque pueda resultar un tanto paradójico, porque el TJ da la razón al Consejo en su recurso de casación (se refiere al de 2016), el TJ está reconociendo y legitimando el estatuto jurídico internacional del Frente Polisario como movimiento de liberación nacional, dotando al mismo de contenido jurídico en el marco de los procesos de formación y aplicación de normas del ordenamiento internacional” (FERRER LLORET, J., “El conflicto del Sáhara Occidental ante los Tribunales de la Unión Europea”, *RGDE*, vol.42, 2017, p. 24).

puesto al tribunal contra las cuerdas, obligándole a decir lo que quizás no quería: que dado que ahora es expresa su aplicación en el Sahara Occidental, los acuerdos son nulos.

Ambas sentencias tienen algo de caótico en su desarrollo, puesto que, en ocasiones, al abordar el fondo del asunto, vuelven sobre cuestiones que han analizado previamente, reiterando los mismos argumentos o aportando otros nuevos, por lo que, en este estudio, aunque sigamos las líneas generales seguidas por el TG, no vamos a ceñirnos estrictamente a las mismas, para destacar sus aportaciones más importantes.

II. LOS PROCEDIMIENTOS PREVIOS ANTE EL TJUE (2015-2018)

En trabajos previos hemos comentado ya las principales cuestiones resueltas en los procedimientos anteriores desarrollados ante las diferentes instancias del TJUE¹⁵, por lo que no vamos a detenernos en exceso en ellos, aunque necesariamente haremos algunas referencias a las mismas.

1. Los recursos del Frente POLISARIO (2012)

El punto de partida de estos procedimientos fue el recurso de anulación presentado por el Frente POLISARIO el 19 de noviembre de 2012 contra la Decisión del Consejo de 8 de marzo de 2012, por la que se aprobaba la celebración del *Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos sobre medidas recíprocas de liberalización del comercio de productos agrícolas, productos agrícolas transformados, pescado y productos de la pesca, sustitución de los Protocolos números 1, 2 y 3 y los anexos de estos Protocolos, y modificación del Acuerdo Euromediterráneo*

¹⁵ Cf. “La jurisprudencia del TJUE en relación con la legalidad de la explotación de los recursos naturales del Sahara Occidental o *el dogma de la inmaculada legalidad de la acción exterior de la Unión Europea* y sus consecuencias”, *RGDE*, 46 (2018), pp. 61-114; “La cuestión de la legalidad de la explotación de los recursos naturales del Sahara Occidental ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en la obra colectiva *Retos para la Acción Exterior de la Unión Europea* (MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. y MARTÍNEZ PÉREZ, E.J. (Directores), AEPDIRI, Tirant Lo Blanch, Valencia, (2017), pp. 73-96; “La Sentencia de 10 de diciembre de 2015 del Tribunal General de la UE (t-512/12), primer reconocimiento en vía judicial europea del estatuto del Sahara Occidental y de la subjetividad internacional del Frente POLISARIO”, *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 38, (2016), pp. 202-238. Igualmente, cf. FERRER LLORET, J., “El conflicto del Sáhara Occidental ante los Tribunales de la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 15-64; GONZÁLEZ VEGA, J. A., “La Guerra de los Mundos: realidad versus formalismo jurídico o el poder de la interpretación (a propósito de la sentencia TJUE de 27 de febrero de 2018, Western Sahara Campaign UK, C-266/16)”, *RDCE*, 60, mayo-agosto (2018), p. 515-561; “El Sáhara Occidental, de nuevo, en Luxemburgo”, *La Ley Unión Europea*, nº 56, 2018; “A Bridge over Troubled Waters (and Sands). A critical Sight on Spain’s Role in Western Sahara”, *Spanish Yearbook of International Law*, 20, 2016, pp. 255-277; IGLESIAS BERLANGA, M., “El acuerdo de pesca entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos y su protocolo de aplicación 2018-2022 a la luz de la última jurisprudencia del TJUE y del Derecho internacional”, *Dereito*, Vol.28, nº1:209-243 (Xaneiro-Xuño, 2019), pp. 209-243 (disponible en <https://revistas.usc.gal/index.php/dereito/article/view/5807>, visitada por última vez el 21 de diciembre de 2021) y las referencias que figuran en este mismo estudio.

por el que se crea una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra (2012/497/UE)¹⁶. El MLN saharauí recurrió tanto esta Decisión como el Reglamento de Ejecución y todos los actos de aplicación de los mismos. Este recurso dio lugar a una primera sentencia del TG (10 de diciembre de 2015), que fue recurrida en casación por el Consejo de la Unión Europea, lo que a su vez dio lugar a otra del TJUE (21 de diciembre de 2016).

El 14 de marzo de 2014 el Frente POLISARIO recurrió igualmente la Decisión 2013/785/UE del Consejo, de 16 de diciembre de 2013, *relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos*¹⁷.

2. La cuestión prejudicial planteada por la *High Court* británica (2015)

Paralelamente, el 23 de abril de 2015, *Western Sahara Campaign UK*, una ONG británica que persigue el reconocimiento del derecho del pueblo del Sahara Occidental a la libre determinación, presentó dos recursos ante la *High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court)* en relación con los acuerdos de pesca. El primero se dirige contra la Administración Fiscal y Aduanera (*Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, HMRC*), por aplicar el arancel preferencial concedido a la importación al Reino Unido de mercancías clasificadas como de origen marroquí a productos procedentes del territorio del Sahara Occidental. El segundo se dirige contra el Secretario de Estado de Medio Ambiente y Asuntos Rurales (*Department for Environment, Food & Rural Affairs, DEFRA*) por aplicar el Acuerdo de Asociación Pesquera UE-Marruecos a la pesca en las aguas territoriales del Sahara Occidental. Entendiendo que, para pronunciarse sobre las cuestiones planteadas por la ONG, previamente el tribunal de Luxemburgo debía dilucidar si los acuerdos que dieron lugar a

¹⁶ DO 2012, L 241, p. 4. El 12 de septiembre de 2012 se aprobó el *Reglamento de Ejecución (UE) nº 812/2012 de la Comisión, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 747/2001 del Consejo en lo que respecta a los contingentes arancelarios de la Unión para determinados productos agrícolas y productos agrícolas transformados, originarios de Marruecos*.

¹⁷ El 15 de noviembre de 2013 se había aprobado la *Decisión del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el Acuerdo de Colaboración en el sector pesquero entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos (2013/720/UE)*, y el Reglamento (UE) nº 1270/2013 del Consejo *relativo al reparto de las posibilidades de pesca en virtud del Protocolo entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de Colaboración en el sector pesquero entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos* (DO 2013, L 328/40).

la adopción de tales actos internos eran acordes con el Derecho internacional, de conformidad con el artículo 267 TFUE, la *High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court)*, planteó ante éste una cuestión prejudicial¹⁸.

Merece la pena la lectura del texto remitido al TJUE por la *High Court of Justice*, porque expresa con contundencia su opinión sobre el estatuto jurídico del territorio. Lo hace en los siguientes términos:

"I accept that if there is an unresolved territorial dispute between two states, the Commission is not obliged to endeavour to resolve it before entering Association Agreements with either state. It does not follow that the Commission is always entitled to be indifferent to where the sovereign borders of a state end, particularly where there is an *unlawful occupation of territory of another*. Such a submission would be contrary to the principles of the UN Charter and the principles that bind the European Union, however wide the discretion may be with respect to foreign affairs. Further it would be contrary to the decision in *Brita*, for the Union to accept one state's de facto assertion of jurisdiction with respect to the origin of goods, where it would conflict with another state's rights.

(...) Morocco may claim Western Sahara to be part of its sovereign territory, but the international community generally and the European Union, in particular, does not recognise that claim"¹⁹.

De esta forma, haciendo una interpretación acorde con la más pura ortodoxia del Derecho internacional, el alto tribunal británico califica la presencia de Marruecos en el territorio saharauí como una "ocupación ilegal continuada"²⁰, y plantea como cuestión prejudicial al TJUE si es conforme con el Derecho internacional y la Carta de las Naciones Unidas que la Comisión concluya los acuerdos denunciados sin consultar y obtener previamente "el consentimiento del pueblo saharauí (*consent of the Saharawi people*) y de sus representantes"²¹.

¹⁸ DO C 260, de 18.7.2016.

¹⁹ Sentencia de 19 de octubre de 2015 en el asunto *Western Sahara Campaign UK, R (on the application of) v HM Revenue and Customs* [2015] EWHC 2898 (Admin), párrs. 39 y 40.

²⁰ *Ibid.*, párrs. 40, 43, 48 y 49.

²¹ "the core issues seem to me to be whether the Commission was able to make the agreements it has done and remain in conformity with international law and the UN Charter without the consultation and consent of the Saharawi people and their recognised representatives first having been obtained" (*Ibid.*, párr. 57).

Como veremos más adelante, el TJUE prefirió responder a la cuestión prejudicial antes que al recurso planteado por el Frente POLISARIO, ya que, de esta forma, evitaba o posponía provisionalmente pronunciarse sobre la legitimación activa del MLN saharauí.

3. Las sentencias del TG (2016) y del TJUE (2018). Los acuerdos no son nulos porque “no son aplicables o se aplican” en el Sahara Occidental. Para que su aplicación sea acorde con el Derecho internacional deben contar con el consentimiento del “pueblo del Sahara Occidental”

De forma resumida, cabe recordar que la sentencia del TG de 2015, que anuló la Decisión relativa al acuerdo de liberalización en su aplicación al territorio del Sahara Occidental, fue la primera y única hasta la que vamos a comentar que afirmó una evidencia reconocida incluso por las propias instituciones de la UE: que el acuerdo se aplica en el Sahara Occidental, “o más precisamente, en la mayor parte de este territorio, controlado por el Reino de Marruecos”²², y que, a lo largo de todas las negociaciones, esa era la voluntad no disimulada de ambas partes (Unión Europea y Marruecos). Si, por una parte, esta sentencia tenía el mérito de afirmar por vez primera que el TNA del Sahara Occidental no forma parte de Marruecos, y que, al aplicarse tales acuerdos en los territorios “controlados” por este Estado, debían declararse nulos, por otra, utilizaba un argumento que no podemos compartir: la razón de la anulación era el hecho de que, antes de aprobar la Decisión, el Consejo no se había asegurado de que la explotación de los recursos naturales del territorio no iba en detrimento de sus habitantes y de sus derechos fundamentales.

De esta forma, apuntaba a dos requisitos que consideraba imprescindibles para que los acuerdos fueran acordes con el Derecho internacional: que estos beneficiaran, o, mejor dicho, no perjudicaran a los habitantes del territorio, y que no afectaran a sus derechos humanos fundamentales. Para hacer esta afirmación el tribunal tuvo en cuenta un argumento del asesor jurídico de la ONU, Hans Corell, que, en su sobrevalorado informe de 2002, al que nos referiremos más adelante, defendía que, en ocasiones, tales acuerdos pueden ser acordes con el Derecho internacional si benefician a la población del territorio, informe que, con buen criterio, la última sentencia del TG ha aparcado definitivamente.

La sentencia del TJUE de 2016 declaró inadmisibile el recurso del Frente POLISARIO por no estar afectado por la Decisión, ya que esta “no se aplicaba” al Sahara Occidental. *A sensu contrario* cabría deducir que, si se aplicara en el territorio, sí lo estaría. De hecho, es la interpretación que el propio tribunal hará más tarde, en su reciente

²² Sentencia del TG de 10 de diciembre 2015, T-512/12, EU:T:2015:953, párr. 103.

sentencia de 22 de junio de 2021, Venezuela/Consejo²³, lo que ya apuntaba a cuál iba a ser su posición en la sentencia de 29 de septiembre de 2021. Por otra parte, la sentencia confirmaba que, dada su condición de TNA, y de conformidad con la resolución 2625 (XXV), el Sahara Occidental no forma parte de Marruecos. Finalmente, de acuerdo con lo establecido con los artículos 29 y 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, afirmó que el acuerdo no era aplicable en el territorio sin el consentimiento del pueblo del Sahara Occidental.

En su momento criticamos abiertamente la sentencia del TJUE de 2018, por lo que no vamos a reproducir su análisis. Pero cabe recordar que, pese a todas las críticas que se merece (por un lado, establecía el sorprendente dogma de que es imposible que la Unión Europea viole el Derecho internacional, y, por otro, aunque conocía perfectamente las coordenadas geográficas concretas de aplicación de los acuerdos, que coinciden en más de un 90% con las aguas adyacentes al Sahara Occidental, insistía de nuevo en que no se aplicaban en ellas), lo cierto es que concretaba de una vez por todas uno de los requisitos básicos exigidos por el Derecho internacional para que un tratado pueda ser aplicado en el territorio de un tercero: su consentimiento. Aunque utilizaba la ambigua expresión “peuple du Sahara Occidental”, como veremos más adelante, esta no podía hacer referencia más que “al pueblo saharauí”, único titular del derecho a la libre determinación reconocido por las Naciones Unidas. Por otra parte, vinculaba esta afirmación con otra de la máxima importancia, y que a la postre echará por tierra los intentos de las instituciones de la Unión Europea de justificar la legalidad de los acuerdos, y que viene a corregir lo establecido en anteriores sentencias: es irrelevante el hecho de que tal aplicación redunde en perjuicio o en beneficio de la población. Más adelante volveremos sobre esta importante cuestión.

Debe destacarse, igualmente, la importancia de la confirmación de que el Sahara Occidental no forma parte de Marruecos, que, aunque obvia desde el punto de vista del Derecho internacional, es clave para que el TG llegue en 2021 a las conclusiones que vamos a analizar en este estudio.

²³ “La alegación formulada por el Frente Polisario para demostrar su legitimación para solicitar la anulación de la referida Decisión se basaba en la afirmación de que dicho Acuerdo se aplicaba en la práctica, en determinados casos, al Sáhara Occidental, aunque este no formara parte del territorio del Reino de Marruecos, alegación que sin embargo fue desestimada por infundada por el Tribunal de Justicia. Este interpretó el citado Acuerdo en el sentido de que no se aplicaba al territorio del Sáhara Occidental. En cambio, como se ha señalado en los apartados 67 y 69 de la presente sentencia, las medidas restrictivas establecidas en los artículos 2, 3, 6 y 7 del Reglamento 2017/2063 se adoptaron contra la República Bolivariana de Venezuela, ya que estas disposiciones le impedían realizar determinadas operaciones” (Sentencia de 22 de junio de 2021, Venezuela/Consejo (Tercera cesión del Estado), C 872/19 P, EU:C:2021:507, párr. 84).

4. La maniobra de la Comisión para obtener el “consentimiento de las poblaciones afectadas” e incluir expresamente en la Decisión impugnada la aplicación de los acuerdos en el Sahara Occidental

Tras la sentencia del TJUE 2018, las instituciones de la Unión Europea decidieron seguir adelante tanto con los acuerdos de libre comercio como con los de pesca, incluyendo para ello, esta vez de forma expresa, el TNA del Sahara Occidental, del que se predicaba que estaba “actualmente *administrado* en su mayor parte por el Reino de Marruecos”²⁴. Para ello, de conformidad con la mencionada sentencia, la Comisión debía cumplir con el requisito de contar con el consentimiento del pueblo del Sahara Occidental.

A instancias del Consejo, los servicios de la Comisión elaboraron el denominado *Informe sobre los beneficios para la población del Sahara Occidental y sobre las consultas a esta población sobre la ampliación de las preferencias aduaneras a los productos originarios del Sahara Occidental*, de 11 de junio de 2018²⁵, que pretendía avalar el consentimiento de lo que el propio informe calificaba de “poblaciones afectadas”. De esta forma, se abandonaba incluso la expresión “población del Sahara Occidental” sustituyéndola por la aún más rebuscada de “poblaciones afectadas”. El propio título del informe pone en evidencia cómo pretende la Comisión cumplir el mandato del tribunal: por una parte, volviendo al manido argumento, introducido de forma muy desafortunada por Hans Corell en su informe de 2002, de que, en ocasiones, tales acuerdos pueden ser acordes con el Derecho internacional si se realizan “en beneficio de los pueblos de estos territorios, en su nombre o en consulta con sus representantes”²⁶; y por otra, sustituyendo el consentimiento del pueblo del Sahara Occidental por el de los habitantes del territorio, o peor aún, el de “las poblaciones afectadas”. La sentencia de 2018 había afirmado con claridad meridiana que para que los acuerdos se puedan aplicar al territorio se debe contar con el consentimiento de la

²⁴ Sentencia del TG de 29 de septiembre 2021, *T-344/19 y T-356/19*, EU:T:2021:640, párr. 51.

²⁵ DOCUMENT DE TRAVAIL DES SERVICES DE LA COMMISSION, Rapport sur les bénéfices pour la population du Sahara occidental, et sur la consultation de cette population, de l'extension de préférences tarifaires aux produits originaires du Sahara occidental accompagnant le document: Proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord sous forme d'échange de lettres entre l'Union européenne et le Royaume du Maroc sur la modification des Protocoles n° 1 et n° 4 à l'accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part et le Royaume du Maroc, d'autre part (COM(2018) 481 final). Este informe contiene interesante información que explica con detalle hasta qué punto se han venido aplicando los acuerdos en los territorios ocupados por Marruecos y en qué medida ha sido imprescindible la participación activa de la UE en tal aplicación. Para un análisis pormenorizado de este informe de la Comisión, cf. nuestro estudio “La jurisprudencia del TJUE en relación con la legalidad de la explotación de los recursos naturales del Sahara Occidental o *el dogma de la inmaculada legalidad...*”, *op. cit.*, pp. 102-106.

²⁶ S/2002/161, de 12 de febrero de 2002, párr. 24.

población, “sin que sea necesario determinar si tal aplicación le perjudicaría, o, por el contrario, le beneficiaría”. Pero, a juicio de la Comisión, el Tribunal había dejado abierta la interpretación de lo que deba entenderse por “población del Sahara Occidental”.

A este respecto, queremos traer a colación los términos utilizados por la *High Court* británica cuando planteó la cuestión prejudicial al TJUE para referirse a quién debe dar el consentimiento para que los acuerdos puedan ser aplicados al territorio del Sahara Occidental, “el pueblo saharauí (the *Saharawi people*)”²⁷, pues estos términos no dejan margen al equívoco que provocan los utilizados habitualmente por el TJUE o las resoluciones de las Naciones Unidas. Desde la perspectiva del Derecho internacional, es obvio que el titular del derecho de autodeterminación es el pueblo saharauí. Ya es hora de que el TJUE y las resoluciones de las Naciones Unidas (que solo utilizan la expresión “saharauí” para referirse a la población refugiada²⁸) afirmen de una vez por todas, con claridad, que el destinatario del derecho de autodeterminación es “el pueblo saharauí”, con independencia de que sus ciudadanos residan en el Sahara Occidental (en los territorios ocupados o no ocupados por Marruecos), en los campamentos de refugiados de Tinduf o en la diáspora. Esta expresión impediría a las instituciones europeas rizar el rizo, y pretender que la destinataria del derecho de autodeterminación, es decir, de la consulta sobre el futuro del territorio, es la población que reside actualmente “en la parte del Sahara Occidental que controla Marruecos”, en los términos del TG, con independencia de si se trata de personas autóctonas del territorio o de colonos marroquíes.

III. LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO

1. La Decisión 2019/217 del Consejo, de 28 de enero de 2019, y el recurso del Frente POLISARIO

Dando por bueno que se contaba ya con el consentimiento del “pueblo del Sahara Occidental”, y después de recibir el preceptivo visto bueno del Parlamento Europeo²⁹, el 25 de octubre de 2018, la UE y Marruecos firmaron en Bruselas el *Acuerdo en forma de Canje de Notas relativo a la modificación de los Protocolos 1 y 4 del Acuerdo*

²⁷ “the core issues seem to me to be whether the Commission was able to make the agreements it has done and remain in conformity with international law and the UN Charter without the consultation and consent of the Saharawi people and their recognised representatives first having been obtained” (*Ibid.*, párr. 57).

²⁸ Cf. Por ejemplo, la Resolución 2602 (2021), aprobada por el Consejo de Seguridad el 29 de octubre de 2021.

²⁹ El pleno del Parlamento Europeo aprobó el 16 de enero de 2019 el texto relativo al acuerdo de libre comercio, por 444 votos a favor, 167 en contra y 68 abstenciones, y el 12 de febrero de 2019 relativo al acuerdo de pesca, por 415 votos a favor, 189 en contra y 49 abstenciones.

*Euromediterráneo por el que se establece una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra. El 28 de enero de 2019, el Consejo adoptó la Decisión (UE) 2019/217, relativa a la celebración del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos sobre la modificación de los Protocolos 1 y 4 del Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra*³⁰.

El acuerdo, que entró en vigor el 19 de julio de 2019, incluía la *Declaración conjunta relativa a la aplicación de los Protocolos nº 1 y nº 4 del Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra*, que el TG denomina resumidamente "Declaración conjunta sobre el Sahara Occidental", que "extiende a los productos originarios del Sahara Occidental 'sujetos al control de las autoridades aduaneras (marroquíes)' el beneficio de las preferencias comerciales concedidas a los productos de origen marroquí exportados a la Unión en virtud del Protocolo 1"³¹. De la denominación misma que el TG da a la declaración se deduce que Marruecos aceptó en este acuerdo que el Sahara Occidental es un territorio distinto y separado del suyo, pues los tratados internacionales no hacen referencia expresa a partes concretas de los territorios de las partes contratantes, a no ser que se quiera limitar su alcance precisamente a una parte concreta de su territorio (es el caso, por ejemplo, de algunos acuerdos internacionales aplicables solo en algunas comunidades autónomas españolas) o, como en el caso de algunas potencias administradoras, se pretenda extender los efectos de tales tratados a los territorios que administran. Hasta ahora, y como cuestión de principios, Marruecos se había negado a referirse expresamente al Sahara Occidental, y menos con esa denominación³², por considerarlo parte de "las provincias del sur".

Conscientes de que el mencionado informe de la Comisión difícilmente convencería al TJUE de que había cumplido con el requisito del consentimiento (*excusatio non petita accusatio manifesta*³³), las partes en el acuerdo afirmaron lo siguiente:

³⁰ DO 2019 L. 34, p. 1.

³¹ DO 2019 L. 197, p. 1.

³² Cabe recordar que una de las cuestiones que motivó el incidente producido con la activista de derechos humanos Aminetu Haidar en noviembre de 2009, y que luego se generalizó a otros activistas saharauis, era la negativa del gobierno de Marruecos a aceptar que estos rellenaran la documentación requerida para entrar en el territorio poniendo como destino el Sahara Occidental, porque "este territorio no existe".

³³ Como en este sentido señala el TG en su sentencia sobre los acuerdos de pesca de 2021, "debe deducirse que las partes consideraron que la celebración del acuerdo controvertido corría el riesgo de ser interpretada como un reflejo de una posición común sobre el estatuto del Sahara Occidental y como un menoscabo del proceso de autodeterminación controvertido, y que era

- La Comisión, junto con el Servicio Europeo de Acción Exterior, “ha tomado todas las *medidas razonables y viables* en el presente contexto *para implicar a las poblaciones afectadas* de forma adecuada a fin de garantizar su consentimiento al Acuerdo”.
- *La Unión no prejuzga* el resultado del proceso político sobre el estatuto definitivo del Sahara Occidental que se desarrolla bajo la égida de las Naciones Unidas.
- Del informe se desprende que “globalmente, *los beneficios* para la economía del Sahara Occidental de la concesión de las preferencias arancelarias previstas (...), y, en particular, la poderosa palanca de desarrollo económico y, por tanto, social que constituye, superan las desventajas mencionadas en el proceso de consulta”.
- “No hay nada en los términos del acuerdo que permita considerarlo como un *reconocimiento de la soberanía marroquí sobre el Sahara Occidental*” (cabe recordar que, en sus conclusiones de 2018, el AG había afirmado expresamente lo contrario: con la conclusión de los acuerdos de pesca, la UE reconoce *de iure* la anexión del territorio³⁴).

El 27 de abril de 2019 el Frente POLISARIO interpuso un nuevo recurso de anulación contra la Decisión mencionada.

2. La Sentencia del TG de 29 de septiembre de 2021

2.1. Admisibilidad

2.1.1. El Frente POLISARIO posee personalidad jurídica, subjetividad internacional y legitimación para intervenir ante el TJUE

2.1.1.1. El Frente POLISARIO es el único representante del pueblo saharauí

Las partes que se oponían al recurso (el Consejo, la Comisión, Francia y el sindicato agrícola marroquí *Comader*) negaban la legitimación del Frente POLISARIO para intervenir ante los tribunales de la UE, y limitaban su subjetividad internacional a representar a la población del territorio en el proceso político de autodeterminación. En su opinión, los órganos de las Naciones Unidas nunca pretendieron conferirle ninguna

necesario hacer estas precisiones para evitar tal riesgo” (Sentencia del TG de 29 septiembre 2021, T-279/19, ECLI:EU:T:2021:639, párr. 247).

³⁴ Conclusiones del AG de 10 de enero de 2018, Asunto C-266/16, EU:C:2018:1, párr. 194.

otra competencia en el ámbito internacional, por lo que, al no ser ni un Estado ni una organización internacional, su personalidad jurídica no le conferiría ninguna capacidad de actuación al margen de ese proceso. Igualmente, negaban que el Frente POLISARIO fuera el único representante del pueblo saharauí, e incluso que fuera un movimiento de liberación nacional, de lo que sería una prueba el hecho de que las Naciones Unidas no le hayan reconocido el estatuto de observador³⁵. Su personalidad, por ello, sería puramente funcional (exclusivamente para participar en las negociaciones sobre la autodeterminación del territorio, en el marco de la ONU) o transitoria (hasta que el territorio deje de considerarse no autónomo).

El TG desestimó todas estas excepciones por entender que se refieren únicamente a los límites de la función y representatividad del MLN saharauí, pero no ponen en duda su existencia. Como veremos, más adelante volverá sobre esta cuestión al abordar el fondo del asunto, pero apunta ya varios argumentos que fundamentan tal condición, que se deriva de su intervención en el ámbito de las relaciones internacionales, entre las que destaca su capacidad para contraer compromisos internacionales en calidad de representante del pueblo saharauí, como es el caso de los acuerdos de paz firmados con Mauritania en 1979, el Plan de Arreglo concluido con Marruecos en 1988 o el hecho de que el Frente POLISARIO ratificara en 2015 los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977. No habría estado de más que el TG hubiera afirmado sin temor a errar que el Frente POLISARIO es un movimiento de liberación nacional, una evidente consecuencia del hecho en el que se apoya el propio tribunal a la hora de reconocer su subjetividad internacional: tan solo los Estados y los MLN pueden ser partes de los convenios de Ginebra³⁶.

³⁵ Con independencia de que el estatuto de observador no sea un elemento constitutivo de los MLN, como ha señalado oportunamente Carolina JIMÉNEZ, el proceso que lleva al reconocimiento del mencionado estatuto “se presenta como variable, falto de regulación y con ausencia sistemática de investigaciones sobre el movimiento en cuestión” (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., *El conflicto del Sahara Occidental: el papel del Frente Polisario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 195).

³⁶ El artículo 96.3 del Protocolo I señala lo siguiente: “The authority representing a people engaged against a High Contracting Party in an armed conflict of the type referred to in Article 1, paragraph 4, may undertake to apply the Conventions and this Protocol in relation to that conflict by means of a unilateral declaration addressed to the depositary”. Antes de que lo hiciera el Frente POLISARIO, los habían ratificado el Gobierno Provisional de la República Argelina, que entonces combatía contra la colonización francesa (ver en este sentido las dificultades que puso el gobierno suizo a tal ratificación, pero que sirvieron como precedente para los siguientes MLN, en BEDJAQUI, M., *La Guerra de Argelia, una revolución a la altura del ser humano* (traducción de Juan SOROETA), Tirant Humanidades, Valencia, 2019, pp. 164-186), y la OLP (cf. SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., “El ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario: desarrollos recientes”, *Agenda Internacional*, Año XII, N.º 23, 2006, p. 76).

2.1.1.2. El Frente POLISARIO es reconocido por las instituciones de la UE como interlocutor legítimo

Las instituciones europeas alegaron igualmente como causa de desestimación del recurso que nunca habían dado ningún tipo de reconocimiento al Frente POLISARIO. Como señala el TG, por un lado, y, aunque así fuera, los actos de las instituciones de la UE y sus Estados miembros en ningún caso podrían quedar exentos del control de legalidad del TJUE, y, por otra, lo cierto es que las instituciones han considerado a la organización saharauí como “interlocutor legítimo” en relación con la cuestión del Sahara Occidental. El hecho de que no sea el destinatario de ningún acto de la UE no es determinante para la apreciación de su capacidad procesal. Al margen de las relaciones regulares, que son además de *larga data*, existentes entre la Comisión y el Frente POLISARIO, el TG afirma, además, que las instituciones europeas “han tomado nota de su papel y representatividad”, de lo que es un ejemplo evidente el hecho de que, el 5 de febrero de 2018, los representantes del Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) se reunieran con sus representantes en el marco del proceso emprendido por la Comisión para conseguir el “consentimiento de las poblaciones afectadas”³⁷.

2.1.1.3. El reconocimiento de la legitimación activa del Frente POLISARIO no convierte al TG en un órgano jurisdiccional “cuasi internacional”

Según la Comisión, el reconocimiento de la legitimación activa del Frente POLISARIO por el TG convertiría a este tribunal en un órgano “cuasi internacional” al que podría acudir cualquier parte en un “litigio” internacional, aunque careciera de personalidad jurídica según el derecho de un Estado miembro o de un Estado tercero. El tribunal rechaza también este argumento porque el procedimiento no se refiere a un “litigio” internacional, sino a un recurso de anulación de un acto de la UE. En efecto, la Carta de la ONU no impone una forma concreta de garantizar el cumplimiento de sus resoluciones en el ordenamiento jurídico interno, por lo que es suficiente que la organización saharauí cumpla los requisitos exigidos por el Derecho de la UE para poder ser considerado como persona jurídica, de conformidad con el art. 263 del TFUE. Dicho reconocimiento se efectúa en el marco estricto del ejercicio de las competencias que le confiere al tribunal el Derecho de la Unión.

³⁷ Sentencia del TG de 29 de septiembre 2021, *T-344/19* y *T-356/19*, EU:T:2021:640, párr. 98, 107 y 108. En este mismo sentido se pronunciaba Jaume FERRER tras la sentencia del TJUE de 2016, al concluir que “(E)n cumplimiento de esta Sentencia, las instituciones de la UE -y sus Estados miembros- deberán considerar al Frente Polisario como el único interlocutor válido para establecer cualquier relación convencional que sea de aplicación al Sahara Occidental” (FERRER LLORET, J., “*El conflicto del Sáhara Occidental ante los Tribunales de la Unión Europea*”, *op. cit.*, p. 24).

2.1.1.4. El TG no sustituye a las instituciones que gestionan las relaciones exteriores de la UE, ni adopta una “decisión política”

Esta alegación de la Comisión, que había sido apuntada por algunos de los intervinientes en los procedimientos previos³⁸, es rechazada de plano por el TG, que afirma que las funciones reconocidas a las instituciones en el ámbito internacional no están exentas del control jurisdiccional, y que

“le juge de l’Union ne saurait faire prévaloir des *considérations de politique internationale et d’opportunité* sur les règles de recevabilité de l’article 263, quatrième alinéa, TFUE, ce qui excéderait ses compétences”³⁹.

Es un argumento jurídicamente irrefutable, pero, por obvio que sea, es importante que el tribunal lo utilice. Cabe recordar que en las sentencias previas del TJUE en la materia (2016 y 2018), el tribunal se había plegado a las presiones de los Estados miembros y de las instituciones de la UE, llegando a defender sin sonrojo el dogma de que la Unión Europea no puede violar del Derecho internacional, para afirmar que los acuerdos no se aplicaban en el territorio saharauí, pese a que en el procedimiento quedó patente lo contrario. Así, por ejemplo, en la vista oral del recurso presentado por el Consejo contra la sentencia del TG de 2015, a la que asistió quien escribe estas líneas, uno de los jueces se dirigió al representante del Consejo para preguntarle por el sentido que tenía el hecho, confirmado por la propia institución europea, de que los técnicos de la UE controlaran *in situ*, en el territorio saharauí, si los productos agrícolas cumplían los requisitos de calidad establecidos por la misma, si, como mantenía el Consejo, los acuerdos no se aplicaban en el citado territorio. Como era de esperar, esta pregunta obtuvo la callada por respuesta.

Si en el caso de los acuerdos de libre comercio era evidente que se aplicaban en el Sahara Occidental, aún lo era más, si cabe, en el caso de los acuerdos de pesca, ya que anexos al acuerdo figuraban los mapas con las coordenadas geográficas en las que se practicaba la pesca, que, además, eran los mismos mapas y coordenadas geográficas que se venían utilizando en los sucesivos acuerdos de pesca entre la organización de integración europea y Marruecos... desde los años ochenta del siglo pasado. Parece

³⁸ Quien escribe estas líneas tuvo la oportunidad de seguir algunas partes de las fases orales previas y de ver cómo el representante de Francia se dirigía a los miembros del TJUE para “advertir” de “las graves consecuencias” que podrían derivarse de una sentencia favorable al Frente POLISARIO para las relaciones entre la Unión Europea y Marruecos.

³⁹ Sentencia del TG de 29 de septiembre 2021, *T-344/19 y T-356/19*, EU:T:2021:640, párr. 113.

obvio que en aquel momento el TJUE sí estaba adoptando una decisión política, o al menos, que sus sentencias estaban teñidas de argumentos más políticos que jurídicos⁴⁰.

2.1.1.5. El Frente POLISARIO tiene personalidad jurídica, subjetividad internacional y legitimación activa ante el TJUE

Después de recordar que el principio consuetudinario de autodeterminación es aplicable a las relaciones entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos y que el Tribunal debe tenerlo en cuenta, la sentencia afirma la personalidad jurídica y la subjetividad internacional del Frente POLISARIO. Para ello explica que a lo largo del tiempo el TJUE ha ido adaptando su jurisprudencia a circunstancias muy diferentes, rechazando un enfoque demasiado formal o rígido del concepto de persona jurídica, “que no puede interpretarse de forma restrictiva”. Se remite para ello a su sentencia de 22 de junio de 2021, Venezuela/Consejo⁴¹, ya comentada, que afirmó “la capacidad de las entidades para interponer acciones judiciales ante los tribunales de la Unión, con independencia de la cuestión de su constitución como personas jurídicas con arreglo al Derecho nacional”⁴². Y es que el MLN saharauí nunca ha pretendido que su personalidad jurídica se derive de derecho interno alguno, sino del Derecho internacional público.

Tras reafirmar que el pueblo del Sahara Occidental debe ser considerado como un “tercero” en los acuerdos recurridos, el TG afirma la legitimación activa del Frente POLISARIO, que, al recurrir la Decisión relativa a los acuerdos de libre comercio, no hace otra cosa que defender el derecho a la autodeterminación del pueblo saharauí, por entender que la decisión impugnada lo vulnera por aprobar la celebración de un acuerdo con Marruecos aplicable a dicho territorio sin su consentimiento. En consecuencia, las exigencias de la tutela judicial efectiva llevan al TG a afirmar la capacidad de la organización saharauí para interponer el recurso⁴³.

⁴⁰ En este mismo sentido, cf. FERRER LLORET, J., “*El conflicto del Sahara Occidental ante los tribunales de la Unión Europea*”, *op. cit.*, p. 58, y GONZÁLEZ VEGA, J., “*La Guerra de los Mundos...*”, *op. cit.*, p. 552.

⁴¹ Sentencia de 22 de junio de 2021, Venezuela/Consejo (Tercera cesión del Estado), C 872/19 P, EU:C:2021:507.

⁴² Sentencia del TG de 29 de septiembre 2021, T-344/19 y T-356/19, EU:T:2021:640, párr. 83.

⁴³ “il doit être considéré que, dans cette situation particulière, les exigences de la protection juridictionnelle effective imposent, en tout état de cause, de reconnaître au requérant la capacité d'introduire un recours devant le Tribunal pour défendre ce droit” (*Ibid.*, párr. 100). Sobre la subjetividad internacional del MLN saharauí, cf. GONZÁLEZ VEGA, J., “El derecho del pueblo saharauí a la libre determinación y el ‘derecho de resistencia’ frente a la ocupación marroquí”, en la obra colectiva *Sahara Occidental. Cuarenta años construyendo resistencia*, Zaragoza, 2016, pp. 324 y ss.; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., *El conflicto del Sahara Occidental: el papel del Frente Polisario*, *op. cit.*, pp. 144 y ss.

En todo caso, el tribunal señala que esta legitimación no le exime de su obligación de demostrar que está legitimado en relación con la decisión impugnada. Dado que ni la Decisión ni los acuerdos eran dirigidos al MLN saharauí, de conformidad con el art. 263 del TFUE, este debía demostrar que estaba directa e individualmente afectado por los mismos⁴⁴, cuestión que vamos a analizar en las líneas que siguen.

2.1.2. El Frente POLISARIO está directamente afectado por la Decisión recurrida

2.1.2.1. El acto impugnado tiene un efecto directo sobre su situación jurídica

El TG afirma sin ambigüedades que, en la medida en que la celebración del acuerdo afecta al pueblo saharauí y requiere su consentimiento, la Decisión tiene efectos directos sobre la situación jurídica del Frente POLISARIO como representante de dicho pueblo. Además, en la medida en que dicho acuerdo se celebró con Marruecos, le concierne directamente como parte del proceso de autodeterminación. Y lo hizo con base en los siguientes argumentos.

a) El TG no se pronuncia sobre los derechos y obligaciones de Marruecos ni sobre la legalidad de su consentimiento

El TG rechaza el argumento del Consejo según el cual, por su naturaleza, la Decisión impugnada sólo produciría efectos en relación con la UE y sus instituciones, por entender que en este caso puede afectar a un tercero, en el sentido del principio del efecto relativo de los tratados, que debe consentirlo⁴⁵. Igualmente, y en pura coherencia con lo anterior, el tribunal rechaza las alegaciones de las instituciones europeas, que acusaban al tribunal de decidir sobre los derechos y obligaciones de Marruecos. Es evidente, y no requiere mayores explicaciones, que el TG no valora la legalidad del consentimiento de este Estado, sino única y exclusivamente la del consentimiento de la Unión Europea.

Pese a estas afirmaciones, debe destacarse que el TG sí se pronuncia en su sentencia sobre los acuerdos de pesca en relación con el cumplimiento por parte de Marruecos de obligaciones establecidas en los acuerdos, en relación con el principio de reparto geográfico y social equitativo de la contrapartida financiera, que debería aplicarse forma diferenciada en el territorio del Sahara Occidental y de Marruecos. En efecto, tal y

⁴⁴ De conformidad con el art. 263 del TFUE, “las personas físicas y jurídicas pueden interponer un recurso contra los actos de los que sean destinatarias o que les afecten directa e individualmente, así como contra los actos reglamentarios que les afecten directamente y que no impliquen medidas de ejecución”.

⁴⁵ Sentencia del TG de 29 de septiembre 2021, *T-344/19 y T-356/19*, EU:T:2021:640, párr. 151.

como se establece en el canje de Notas, Marruecos ejerce sus responsabilidades partiendo del fundamento de que “la région du Sahara est une partie intégrante du territoire national sur laquelle il exerce la plénitude de ses attributs de souveraineté comme sur le reste du territoire national”, por lo que, en opinión del tribunal, Marruecos no asume las responsabilidades y competencias que le corresponden en virtud del acuerdo impugnado, en lo que respecta al territorio del Sáhara Occidental y a las aguas adyacentes, con el fin de ejercer los derechos de la población de dicho territorio en su beneficio. Además, “Quant aux bénéfices pour les populations de ce territoire qui peuvent en résulter, il s’agit d’effets purement socio-économiques, qui plus est indirects, et qui ne sauraient être assimilés à des droits”⁴⁶.

b) El principio de tutela judicial efectiva exige que el TG se pronuncie sobre la legalidad de la Decisión

Dado que la Decisión recurrida constituye un acto impugnabile y que las personas físicas y jurídicas que estén directa e individualmente afectadas por ella tienen derecho a solicitar su anulación, en el marco de un recurso, el TG debe controlar la legalidad de dicha Decisión, porque, lo contrario supondría que quedara exenta en gran medida del control de su legalidad material, *lo que sería incompatible con el principio de tutela judicial efectiva*⁴⁷.

c) Los acuerdos producen efectos en la parte del territorio del Sahara Occidental controlada por Marruecos y afectan al pueblo del Sahara Occidental, por lo que este debe dar su consentimiento

Pese que la Decisión incorpora expresamente la denominada “Declaración conjunta sobre el Sahara Occidental”, con el objetivo expreso de ampliar a los productos originarios del territorio las preferencias arancelarias inicialmente previstas para los de origen marroquí, tanto el Consejo como la Comisión, Francia y el Comader alegaron que la Decisión no producía efectos sobre el territorio del Sahara Occidental, sino tan solo sobre los mencionados productos. El TG no tuvo dificultades para rechazar tan endeble argumento, remitiéndose a su propia jurisprudencia:

“lorsque, dans le cadre d’un accord international, l’Union consent à l’octroi de préférences tarifaires applicables à des produits exportés vers son territoire en fonction de la zone géographique dont ces produits sont originaires, cette zone

⁴⁶ Sentencia del TG de 29 de septiembre 2021, T-279/19, EU:T:2021:639, párrs. 315-317.

⁴⁷ Sentencia del TG de 29 de septiembre 2021, T-344/19 y T-356/19, EU:T:2021:640, párr. 157.

détermine le champ d'application territorial de ces préférences”⁴⁸.

Debe destacarse que el TG reitera una cuestión que ya había dejado caer en su sentencia de 2015: los acuerdos no se aplican *en todo el TNA del Sahara Occidental*, sino tan solo en la parte controlada por Marruecos. Es una nueva e importante referencia a la situación jurídica del territorio, aunque, a diferencia de la *High Court* británica, no se atreve a calificarla expresamente de ocupación. La Decisión debería hacer esa misma precisión, puesto que, si en los territorios ocupados por Marruecos la aplicación de los acuerdos puede ser ilegales si no se cuenta con el consentimiento del pueblo saharauí, tal aplicación en los territorios no ocupados es fácticamente imposible, puesto que están controlados por el representante legal de la población, el Frente POLISARIO, que, por activa y por pasiva, ha dejado claro que no admitirá nunca un acuerdo sobre la explotación de los recursos naturales de su territorio en el que participe Marruecos. Aunque expresamente no se atreva a utilizar la calificación de “territorios ocupados”, la sentencia traerá más adelante a colación las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobadas durante y tras la invasión del territorio, y recordará que calificaron entonces la presencia marroquí en el territorio de “persistente ocupación”, algo que no ha sido desmentido por ninguna resolución posterior del Consejo de Seguridad ni de la Asamblea General. De esta forma, al menos de forma implícita, está admitiendo tal calificación. Hasta el momento, ni el TG ni el TJUE se han atrevido a establecer que se trata de una ocupación militar, y que, por ello, el derecho aplicable en el territorio es el derecho de la ocupación. Como acertadamente han señalado a este respecto Cedric RYNGAERT y Rutger FRANSEN:

“Instead, the EU courts applied alternative legal regimes to the EU-Morocco Liberalisation Agreement and its effects on the population of Western Sahara, such as the EU Charter on Fundamental Rights and the Vienna Convention on the Law of Treaties, in combination with peoples’ right to self-determination”⁴⁹.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 176.

⁴⁹ Sobre la condición jurídica de ocupante de Marruecos en el Sahara Occidental y las reticencias del TJUE a admitirlo expresamente, cf. RYNGAERT, C. y FRANSEN, R., “EU extraterritorial obligations with respect to trade with occupied territories: Reflections after the case of Front Polisario before EU courts”, *Eur. World*. Vol. 2(1). DOI: 10.14324/111.444.ewj.2018.07, pp. 19-20. Estos autores han señalado que “Still, this victory leaves a somewhat sour taste, as the justice provided to the Saharawi is only partial. The EU courts ducked the fundamental legal and ethical question in the case, namely the consequences to be derived from the status of Western Sahara as an occupied territory that has come into being and is sustained by violations of peremptory norms of international law by the occupant. Possibly, the EU courts considered themselves to be on safer political ground by invoking the EU’s internal fundamental rights law (GC), or ‘neutral’ treaty law (CJEU). There may have been concern that dropping the political bombshell of occupation may trigger unforeseen and undesirable consequences. After all, when UN Secretary-General Ban Ki-moon characterised Western Sahara as an occupied territory upon visiting a camp for Western

Como hemos hecho en otras ocasiones, debemos criticar que el TG no se haya decidido a afirmar de una vez por todas que el derecho aplicable es el derecho de la ocupación, pese a lo cual, como han señalado estos autores, las mencionadas sentencias escenifican la conflictiva convivencia entre, por un lado, el Derecho internacional general y algunas de sus normas fundamentales, como son la obligación de no reconocer la anexión y el derecho de la ocupación, y, por otro, el derecho internacional aplicable específicamente a los tratados comerciales celebrados entre la UE y terceros Estados:

“the validity of such specific law should be reviewed in light of basic principles of general law. After all, general international law does not (just) provide fallback rules in case specific international law fails to elaborate on certain issues, but also provides baseline rules which specific law cannot bypass”⁵⁰.

Por otro lado, el TG recordó que, tal y como señaló la sentencia del TJUE de 2016, de conformidad con el artículo 34 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los tratados no deben perjudicar ni beneficiar a terceros sin su consentimiento⁵¹, una importante cuestión sobre la que volverá al analizar el fondo del asunto.

d) Los acuerdos modifican la situación jurídica del Frente POLISARIO, que es el único representante del pueblo saharauí

Como hemos señalado anteriormente, las instituciones europeas insistían en que el poder de representación del Frente POLISARIO es limitado (al proceso político de autodeterminación en el marco de las Naciones Unidas), no es exclusivo, y en que, además, esta organización no es un operador económico.

El TG analiza la supuesta no exclusividad del poder de representación del Frente POLISARIO, y para ello examina, aunque de forma muy somera, en qué medida España, si fuera considerada potencia administradora, podría al menos compartir ese poder. Como ya hemos explicado en otro lugar⁵², no debe confundirse la condición de “único y legítimo representante” del pueblo saharauí y la de Potencia administradora del territorio.

Sahara refugees in March 2016, Morocco immediately ordered the UN to cut staff in Western Sahara”.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ “l’octroi de préférences tarifaires aux produits originaires du Sahara occidental, lors de leur importation dans l’Union sur la base de certificats délivrés par les autorités douanières du Royaume du Maroc, nécessite le consentement du peuple de ce territoire” (*Ibid.*, párr. 196).

⁵² *Cf.* nuestro estudio “La cuestión de la legalidad de la explotación de los recursos naturales...”, *op. cit.*, p. 77.

Como afirmara el AG en sus conclusiones de 2016, España, en su condición de Potencia administradora, tiene “la capacidad, *incluso la obligación, de proteger a nivel jurídico los derechos del pueblo del Sahara Occidental*, en particular su derecho a la libre determinación y su soberanía sobre los recursos naturales de este territorio”⁵³. Pero otra cosa es representar al pueblo saharauí. El MLN saharauí surgió precisamente para combatir la presencia colonial española en el territorio. España en ningún caso puede representar al pueblo saharauí, y menos aún teniendo en cuenta que, pese a las sentencias del TJUE, continúa defendiendo a capa y espada la legalidad de los acuerdos impugnados.

En este caso, el TG se limita a señalar que España, como potencia administradora en el sentido del artículo 73 de la Carta de la ONU, “a renoncé, depuis le 26 février 1976, à exercer toute responsabilité à caractère international relative à l’administration de ce territoire, ce dont les organes de l’ONU ont pris acte”. Con independencia de que el tribunal no entrara a analizar la responsabilidad de España como potencia administradora, cuestión sobre la que, como queda dicho, sí se pronunció el AG, sorprende que un tribunal afirme que un Estado pueda “renunciar” a sus obligaciones. A sus derechos, quizás; pero ¿a sus obligaciones?⁵⁴. En todo caso, no cuestiona si nuestro país sigue siendo o no la potencia administradora, limitándose a señalar que esta decisión de renunciar a sus responsabilidades “fue constatada por los órganos de la ONU”. En efecto, ese asterisco que figura en el lugar donde debe aparecer el nombre de España en la lista de potencias administradoras de TNA de las Naciones Unidas no significa, como ha pretendido recientemente el ministro de asuntos exteriores español, José Manuel Albares⁵⁵, que España haya dejado de ser la potencia administradora; se trata de una simple constatación que no tiene efectos jurídicos, pues la Organización no

⁵³ Conclusiones del AG de 13 de septiembre de 2016, Asunto C-104/16 P, EU:C:2016:677, párr. 188.

⁵⁴ Jaume FERRER entiende que, dado que han transcurrido más cuarenta años “desde que España se retiró del Sahara Occidental y declaró que renunciaba a toda responsabilidad como potencia administradora del territorio; que durante ese prolongado lapso de tiempo todos los Gobiernos democráticos han mantenido esta misma posición jurídica; y que durante estas más de cuatro décadas desde luego España no ha ejercido, ni *de iure* ni *de facto*, ninguna responsabilidad como potencia administradora sobre su antigua colonia del noroeste de África; resulta muy difícil asumir la tesis de que (...) España sigue siendo la potencia administradora del Sahara Occidental” (FERRER LLORET, J., “*El conflicto del Sáhara Occidental ante los Tribunales de la Unión Europea*”, *op. cit.*, p. 48). Por las razones que hemos expuesto, no podemos compartir esta opinión. El paso del tiempo nunca puede servir para “blanquear” o consolidar una dejación de obligaciones ni una situación contraria al Derecho internacional.

⁵⁵ En respuesta a pregunta planteada por el Sr. Aitor Esteban, el ministro afirmó que “Dice que España es potencia administradora. Ni en la *lista de territorios autónomos* (sic) de Naciones Unidas ni en ninguna resolución del Consejo de Seguridad España lo es, lo dejó de ser en el año 1975 y eso lo conoce perfectamente” (DS. Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm., núm. 132, de 20/10/2021, p. 16).

se pronuncia sobre su validez ni sus consecuencias. Como señala la sentencia, “les compétences éventuellement conservées par le Royaume d’Espagne ne sauraient, en tout état de cause, lui être opposées (en referencia al Frente POLISARIO)”⁵⁶. Finalmente, considera que la cuestión de si España conserva o no la condición de potencia administradora no es “pertinente” para resolver este caso.

Por otra parte, la sentencia afirma que la ONU nunca ha reconocido a otras organizaciones como representantes del pueblo saharauí, y reitera que, aunque no sea parte del acuerdo y no haya participado en las negociaciones para su celebración, el Frente POLISARIO fue considerado por las instituciones europeas como un interlocutor legítimo para expresar su punto de vista sobre dicho acuerdo. A este respecto, cabe recordar que, en el curso del debate anual sobre el Sahara Occidental, el Comité de Descolonización de la ONU ha señalado expresamente que, en virtud de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “l’unique représentant du peuple sahraoui est le Front Polisario”⁵⁷.

En otro orden de cosas, el TG considera irrelevante el hecho de que el Frente POLISARIO no sea un operador económico, condición que nunca ha pretendido, puesto que, además, su afectación directa por la Decisión no se deriva de las normas que regulan la concesión de preferencias arancelarias a los productos del Sahara Occidental, sino de su ámbito de aplicación territorial.

2.1.2.2. El carácter puramente automático de la ejecución del acto impugnado

Por lo que respecta al segundo criterio de efecto directo, relativo al carácter puramente automático de la ejecución del acto impugnado, derivado únicamente de la normativa de la Unión, el TG concluye que, en la medida en que el acuerdo impugnado constituye una mera ampliación geográfica de las preferencias arancelarias ya concedidas a Marruecos, sin que se produzca ninguna modificación del volumen o de los

⁵⁶ Sentencia del TG de 29 de septiembre 2021, T-344/19 y T-356/19, EU:T:2021:640, párr. 209.

⁵⁷ “ ‘L’agressivité’ que le Président du Comité a relevée dans les propos du Ministre principal ne s’est pas arrêtée là. Il a eu un échange long et vigoureux avec le représentant du Maroc, à propos de la demande d’audition de M. Mohamed Abba, un pétitionnaire sahraoui vivant au Sahara occidental et élu comme représentant de ce territoire lors des premières élections régionales. M. Abba, qui souhaitait s’exprimer au nom des Sahraouis, a vu sa demande rejetée par le Comité, dont la position est claire: le Comité n’est pas habilité à modifier les résolutions de l’Assemblée générale, pour laquelle *l’unique représentant du peuple sahraoui est le Front Polisario*. Cette position a été contestée par le représentant du Maroc pour lequel on cherche à empêcher un représentant élu d’un territoire non autonome de s’exprimer devant le Comité. ‘Les Nations Unies essaient d’inverser les règles de la démocratie. On nie le droit à des Sahraouis d’exister parce qu’ils ne sont pas séparatistes. Ce Comité se discrédite en bâillonnant une personne légitimement élue’, a encore plaidé le représentant. ‘La seule élection qu’on attend, c’est le référendum’, a tranché le Président du Comité” <https://www.un.org/press/fr/2016/agcol3293.doc.htm> (visitado por última vez el 9 de diciembre de 2021). El destacado es nuestro.

productos cubiertos por dichas preferencias, “la mise en œuvre de cet accord sur le territoire de l’Union ne laisse aucune marge d’appréciation aux autorités chargées d’appliquer lesdites préférences tarifaires, puisque, dès lors que les produits en cause sont des produits originaires du Sahara occidental, les préférences tarifaires prévues par l’accord litigieux doivent leur être appliquées”⁵⁸.

2.1.3. El Frente POLISARIO está individualmente afectado por la Decisión recurrida

Como representante del pueblo de un TNA al que se le reconoce el derecho de autodeterminación, el MLN saharauí tiene competencias propias distintas de las de las partes del acuerdo recurrido. El TG entiende que la Decisión impugnada le afecta individualmente, en la medida en que le impide ejercer tales competencias:

“le requérant doit être considéré comme affecté par la décision attaquée en raison de qualités qui lui sont particulières et qui l’individualisent d’une manière analogue dont le serait le destinataire de cette décision, en tant que représentant du peuple du Sahara occidental et, en tant que partie au processus d’autodétermination, Il doit donc pouvoir soumettre cette décision au contrôle du juge de l’Union afin que ce dernier vérifie si l’Union a pu légalement consentir à ce que l’accord litigieux s’applique à ce territoire”⁵⁹.

2.2. El fondo del asunto

2.2.1. La “situación particular del Sahara Occidental” no exime a las instituciones de la obligación de obtener el consentimiento del pueblo saharauí

Según el Consejo, la “situación particular del Sahara Occidental” hacía imposible la consulta al pueblo del territorio de forma directa o a través de un representante institucional, por lo que las instituciones hicieron uso de su discrecionalidad para llevar a cabo las consultas basándose en un criterio objetivo: los beneficios que aportan a dicho pueblo. Sorprendentemente el Consejo vuelve a utilizar un argumento ya superado por las sentencias anteriores, al afirmar que son de aplicación al caso las disposiciones y los principios del Derecho internacional aplicables a las potencias administradoras, porque Marruecos “administra de hecho” el territorio, y porque, en cualquier caso, el MLN saharauí no tendría ni la capacidad jurídica ni los medios administrativos para celebrar un acuerdo comercial con la UE. Por otra parte, el Comader defendió además la

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 221.

⁵⁹ *Ibid.*, párr. 231.

“legitimidad democrática” de los representantes locales electos que participaron en la consulta.

El TG señala que las instituciones están obligadas a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del TJUE; que la UE es un Estado de Derecho en el que sus instituciones están sometidas al control de la conformidad de sus actos, en particular, con los Tratados y los principios generales del Derecho, y en el que las personas físicas y jurídicas deben gozar de una tutela judicial efectiva. La UE está obligada a ejercer sus competencias de conformidad con el Derecho internacional en su conjunto, y el juez de la UE es competente para valorar la compatibilidad de un acuerdo internacional celebrado por la UE con los Tratados y con las normas de Derecho internacional.

Tal y como ya dejó establecido el TJUE, el derecho de autodeterminación es una norma *erga omnes* y uno de los principios esenciales del Derecho internacional, que forma parte de las normas de Derecho internacional aplicables en las relaciones entre la UE y Marruecos. Igualmente, el TJUE afirmó que, en el marco de estas relaciones, debe respetarse el estatuto separado y diferenciado del Sahara Occidental, y que dicho pueblo debe ser considerado como un tercero, en el sentido del principio del efecto relativo de los tratados, por lo que debe consentir la aplicación del Acuerdo de Asociación en dicho territorio. El TG recuerda que ya en la sentencia de 2018 el propio TJUE desestimó la posibilidad de que Marruecos pudiera actuar en calidad de potencia administradora “de facto”, pues ni siquiera este Estado lo pretendía, y afirmó que, incluso suponiendo que Marruecos actuara en tal condición, debería cumplirse el requisito de obtener el consentimiento del pueblo del Sahara Occidental, “compte tenu de son droit à l’autodétermination et de l’application du principe de l’effet relatif des traités”⁶⁰

Como señala el TG, de la interpretación conjunta de ambos principios (autodeterminación y efecto relativo de los tratados) el TJUE dedujo “obligaciones claras, precisas e incondicionales”⁶¹: por una parte, el respeto de su estatuto separado y diferenciado y, por otra, la obligación de obtener el consentimiento de su población en caso de aplicación del Acuerdo de Asociación en dicho territorio. Para defender los derechos del pueblo saharauí derivados de ambos principios, el Frente POLISARIO debe poder invocar la violación de estas obligaciones claras, precisas e incondicionales contra la decisión impugnada, en la medida en que esta supuesta violación puede afectar a dicho pueblo, como tercero de un acuerdo celebrado entre la UE y Marruecos.

⁶⁰ *Ibid.*, párr. 363.

⁶¹ *Ibid.*, párr. 281.

2.2.2. La sustitución del requisito del consentimiento del pueblo saharauí por consultas a las “poblaciones afectadas” no forma parte del margen de apreciación de las instituciones en el marco de las relaciones exteriores, y no excluye su control jurisdiccional por el TJUE

Dado que una norma consuetudinaria, como el derecho a la libre determinación de los pueblos, no tiene el mismo grado de precisión que una norma convencional, el control jurisdiccional debe limitarse necesariamente a analizar si las instituciones han cometido *errores manifiestos de apreciación* en la aplicación de tal norma⁶². En el caso que nos ocupa, y como queda dicho, el TJUE estableció obligaciones “claras, precisas e incondicionales” para las instituciones, y el TG concluye que, si bien el margen de apreciación de que dispone el Consejo le permitía evaluar si la situación actual del territorio justificaría una adaptación de las modalidades de expresión de ese consentimiento y si se cumplen las condiciones para considerar que se ha expresado, no le permitía decidir si se podía prescindir de dicho consentimiento sin violar este requisito.

2.2.3. El carácter colectivo del derecho de autodeterminación de los pueblos no impide su invocabilidad

Otro argumento utilizado por la Comisión y el Comader es el carácter colectivo del derecho de autodeterminación, que daría lugar a un proceso político de resultado incierto. El TG lo rebate con firmeza, ya que este argumento se basa “en la premisa errónea de que el pueblo del Sahara Occidental no goza ya del derecho de autodeterminación” porque el estatuto del territorio aún no es definitivo, por lo cual no estaría en condiciones de ejercer plenamente ese derecho. Este hecho no puede ser un obstáculo para la invocabilidad del principio; el carácter colectivo del derecho de autodeterminación es irrelevante, porque el titular de ese derecho, el pueblo saharauí, está representado por el Frente POLISARIO.

Aunque las instituciones alegaron la dificultad de identificar a los miembros del pueblo del Sahara Occidental, esta circunstancia no impide que dicho pueblo pueda dar su consentimiento al acuerdo impugnado. En efecto, el TJUE no estableció que el consentimiento del pueblo saharauí debiera obtenerse necesariamente mediante la consulta directa de sus miembros. El derecho de autodeterminación es un derecho colectivo, y las Naciones Unidas le han reconocido como titular de este derecho y, por

⁶² *Ibid.*, párr. 343. El destacado es nuestro.

tanto, como existente, con independencia de los individuos que lo compongan y de su número⁶³.

No nos cansaremos de recordar que desde hace casi dos décadas existe ya un censo definitivo para el referéndum realizado por la MINURSO, siguiendo los criterios acordados libremente por las partes en el Plan de Paz de 1991, y que, por tanto, con independencia de que en relación con este acuerdo concreto se pueda afirmar que, en las actuales circunstancias, no se puede llevar a cabo la consulta directa a la población, desde una perspectiva general no hay problema técnico alguno para que se lleve a cabo tal consulta. Solo el rechazo de Marruecos a la celebración del referéndum de autodeterminación y la inacción del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas impiden que se resuelva el conflicto. Se echa de menos una referencia a esta cuestión en la sentencia, porque no es cierto que haya dificultades para identificar a los miembros del pueblo saharai.

2.2.4. La UE no puede reconocer la soberanía de Marruecos sobre el Sahara Occidental

Esta es una de las más importantes afirmaciones del TG en relación con el conflicto saharai. Probablemente no tenía previsto hacerla, pero las alegaciones de las instituciones europeas prácticamente le obligaron a ello. Rayando en el sarcasmo, las instituciones europeas alegaron que llevaron ese tipo de consultas a las “poblaciones afectadas” para no inmiscuirse en el “conflicto de legitimidad” saharai-marroquí. Como punto de partida, debe recordarse que no existe conflicto de legitimidad alguno, una terminología mediante la cual las instituciones europeas tratan nuevamente de ocultar el verdadero origen del conflicto. Se trata de un conflicto de descolonización que no se resuelve porque una de las partes, que ocupa *ilegítimamente* el territorio, se niega a descolonizarlo, incumpliendo no solo esa norma esencial del Derecho internacional a la que se refiere la jurisprudencia del TJUE, el derecho de autodeterminación, sino sus propios compromisos, aceptados libre y voluntariamente. Como señala la sentencia, este argumento es difícilmente conciliable con el contenido del considerando 10 de la Decisión impugnada, antes mencionado, que señalaba que “no hay nada en los términos del acuerdo controvertido que sugiera que éste reconoce la soberanía del Reino de Marruecos sobre el Sahara Occidental”. El tribunal concluye que, dado que, de conformidad con el Derecho internacional y la interpretación que de él hace el Tribunal de Justicia, *la UE no puede reconocer las pretensiones del Reino de Marruecos sobre dicho territorio*, las instituciones no pueden invocar el riesgo de injerencia en el litigio⁶⁴.

⁶³ *Ibid.*, párr. 357.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 358.

La obsesión de la UE por “proteger” las pretensiones ilegales de su socio marroquí y la búsqueda de argumentos que le favorezcan llevaron al Tribunal a afirmar algo que, si bien es obvio desde el punto de vista del Derecho internacional, se había llegado a poner en duda en los últimos tiempos, tras el reconocimiento del gobierno estadounidense de Trump de la soberanía marroquí sobre el territorio saharauí, y que llevó a Marruecos a emprender una cruzada imposible que pretendía que la UE hiciera lo propio. Cabe recordar que el AG Melchior Wathelet afirmó expresamente, en sus conclusiones de 10 de enero de 2018, que “la negociación y celebración con el Reino de Marruecos de un acuerdo internacional aplicable al Sahara Occidental y a las aguas adyacentes constituyen en sí mismas un reconocimiento *de iure* de la integración del Sahara Occidental en el Reino de Marruecos mediante la anexión consumada en 1976 y 1979, lo cual implica el reconocimiento de su soberanía sobre el territorio, las aguas interiores y el mar territorial del Sahara Occidental, así como de los derechos soberanos y de jurisdicción que el Derecho internacional confiera al Estado ribereño sobre las zonas marítimas que están más allá del mar territorial”⁶⁵.

2.2.5. El principio del efecto relativo de los tratados es aplicable a los TNA de la misma forma que a los Estados

El TJUE dejó bien establecido que este principio es aplicable al caso, pero no se refirió a la forma en que debía obtenerse el consentimiento. Tampoco los órganos de la ONU han abordado esta cuestión, fuera del marco lógico de la celebración de un referéndum de autodeterminación, que es la forma en que los pueblos sometidos a dominación colonial son consultados a la hora de decidir el estatuto definitivo del territorio. Por otra parte, tampoco el informe de Hans Corell de 2002 abordó la cuestión concreta de la forma en que debía o podía llevarse a cabo la consulta a la población.

Lo que sí dejó claro el TJUE es que, en virtud del principio del efecto relativo de los tratados, estos “no deben perjudicar ni beneficiar a terceros sin su consentimiento”. En contra de lo que plantearon el Consejo y la Comisión, el TG entiende que este principio es aplicable a los TNA de la misma forma que lo es a los Estados. Aunque una vez hecha esta afirmación no merecía la pena entrar a analizar si los acuerdos benefician o no al pueblo saharauí, el TG lo hizo, seguramente con la intención de cerrar en la medida de lo posible la cuestión, de forma que el recurso que ya entonces resultaba evidente que iba a interponer el Consejo contra la sentencia que analizamos no dejara mucho margen de apreciación al TJUE.

⁶⁵ Conclusiones del AG de 10 de enero de 2018, Asunto C-266/16, EU:C:2018:1, párr. 194.

En este sentido, el tribunal señala que el acuerdo no solo no reconoce derechos al pueblo del Sahara Occidental, puesto que “es el Reino de Marruecos, como parte del acuerdo impugnado, el titular de las preferencias arancelarias concedidas por la Unión a los productos del Sahara Occidental”⁶⁶, sino que, además, establece obligaciones para un tercero, el Frente POLISARIO, en la medida en que le atribuye una competencia sobre su territorio que no está facultado para ejercer. La situación actual del territorio no puede soslayar la necesidad de que dicho tercero consienta en esta obligación, consentimiento que debe ser “explícito, libre y auténtico” para que le sea oponible⁶⁷, cuando, además, en este caso lo que es explícito es su rechazo frontal. Con independencia de si las partes pretendían o no concederle derechos, lo cierto es que las normas que se derivan del acuerdo son vinculantes para ese tercero, ya que impiden que ese pueblo decida libremente las modalidades de esa explotación y la distribución de los beneficios derivados de ella. Por lo tanto, el acuerdo controvertido tiene como efecto la creación de obligaciones con respecto a dicho pueblo⁶⁸.

2.2.6. Las consultas realizadas por la Comisión a “las poblaciones afectadas” no constituyen el consentimiento del “pueblo del Sahara Occidental” exigido por el TJUE

2.2.6.1. El concepto de “poblaciones afectadas”

Señala la Decisión en su considerando décimo que “la Comisión, junto con el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE), ha tomado todas las *medidas razonables y posibles* en el contexto actual para implicar a las *poblaciones afectadas* de manera adecuada a fin de garantizar su consentimiento al acuerdo”. Por su parte, el informe de la Comisión afirmaba que “a falta de una alternativa concebible que permitiera consultar directamente a la población del Sahara Occidental”, la Comisión y el SEAE celebraron consultas con un “amplio abanico de organizaciones representativas de la sociedad civil saharai, parlamentarios, operadores económicos y organizaciones”, entre las que se encuentra el

⁶⁶ *Ibid.*, párr. 319.

⁶⁷ *Ibid.*, párrs. 323-327.

⁶⁸ “indépendamment de la question de savoir si les parties à cet accord ont eu l'intention de lui accorder des droits, ledit accord exprime la volonté des parties, à savoir l'Union et le Royaume du Maroc, d'adopter et de mettre en œuvre un régime juridique d'exploitation des ressources halieutiques des eaux adjacentes à ce territoire et de répartition de la contrepartie financière, notamment, au bénéfice des activités sur ledit territoire. Les règles mises en place par ce régime juridique s'imposent donc à ce tiers à l'accord en cause, en tant qu'elles s'appliquent audit territoire, notamment les règles relatives à la compétence des parties audit accord et de leurs autorités publiques en ce qui concerne sa mise en œuvre. En particulier, ces règles font obstacle à ce que ce peuple décide librement des modalités de cette exploitation et de la répartition des avantages qui en découlent. L'accord litigieux a donc pour effet de créer des obligations à son égard” (Sentencia del TG de 29 de septiembre 2021, T-279/19, *ECLI:EU:T:2021:639*, párr. 60).

Frente POLISARIO, con el objetivo principal de “intercambiar posiciones y comentarios sobre los *beneficios potenciales* para el pueblo del Sahara Occidental y la economía del territorio” de la inclusión expresa del territorio saharauí en los acuerdos. Es decir, que considera suficiente las “consultas” realizadas para cumplir con el requisito impuesto por el TJUE de contar con el consentimiento del “pueblo del Sahara Occidental” con base en dos argumentos principales: la falta de otras “alternativas concebibles” y los “potenciales beneficios” que tendrían los acuerdos para “las poblaciones afectadas”. Las instituciones consideraron imposible obtener el consentimiento del pueblo del Sahara Occidental ni directa ni únicamente a través del Frente POLISARIO, y que la consulta de las “organizaciones representativas” de las “poblaciones afectadas” permitía cumplir el requisito del consentimiento.

El informe de la Comisión explicaba que las consultas se habían llevado a cabo con tres interlocutores:

- Por una parte, y “como socio en las negociaciones”, el gobierno marroquí, que llevó a cabo “un amplio ejercicio de consulta con los representantes electos regionales, de acuerdo con sus propias normas institucionales”. Esta simple referencia debía bastar para echar por tierra la totalidad del informe, pues la Comisión pretende obtener el consentimiento del pueblo saharauí nada menos que... a través del gobierno de Marruecos.
- Por otra, “el mayor número posible de organizaciones políticas, socioeconómicas y de la sociedad civil susceptibles de representar los intereses locales o regionales del Sahara Occidental”.
- Por último, el Frente POLISARIO, “como una de las partes del proceso de paz dirigido por la ONU”. El informe de la Comisión afirmaba que “la mayoría de la población que vive actualmente en el Sahara Occidental está abrumadoramente a favor” de la ampliación de la aplicación de los acuerdos al territorio, y que el Frente POLISARIO lo rechaza porque entiende que el acuerdo consolidaría la soberanía de Marruecos sobre territorio saharauí... pero “no porque la ampliación de las preferencias arancelarias vaya en detrimento de los intereses de desarrollo de las poblaciones que viven en el territorio”⁶⁹.

El Consejo defendió que al realizar estas consultas se habían respetado “los principios pertinentes del Derecho internacional”. Para ello recurrió, sorprendentemente al Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, adoptado en Ginebra el 27

⁶⁹ *Ibid.*, párr. 333.

de junio de 1989, y a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 13 de septiembre de 2007. El recurso a los derechos que asisten a los pueblos indígenas produce sorpresa al menos por dos razones. La primera, porque, como es bien sabido, son aplicables a pueblos que forman parte de Estados, cuestión que en el caso del Sahara Occidental ya dejó zanjada el TJUE; la segunda, porque el concepto mismo de pueblo indígena hace referencia a poblaciones originarias, autóctonas del territorio, para diferenciarla, precisamente, de quienes no lo son. Y en este caso la población saharauí es la que ha sido excluida de “las consultas”.

Tal y como señala la sentencia, el concepto de “poblaciones afectadas” no coincide con el de “pueblo del Sahara Occidental”, cuyo contenido implica el derecho de autodeterminación⁷⁰. En opinión del tribunal, “no parece que, aparte de la demandante, las partes consultadas por la Comisión puedan considerarse ‘órganos representativos’ del pueblo del Sahara Occidental”.

Por una parte, y por lo que respecta a la consulta de los representantes locales elegidos por Marruecos, estos fueron designados en virtud del ordenamiento jurídico marroquí y, “en esencia, el ejercicio de sus competencias se basa en las reivindicaciones de soberanía del Reino de Marruecos sobre el Sahara Occidental”. El hecho de que estos afirmaran “su origen saharauí” es considerado irrelevante por el tribunal, porque Marruecos “no distingue sobre una base étnica o comunitaria entre las poblaciones de la parte del Sahara Occidental que controla”⁷¹. Cabe recordar de nuevo que existe un censo ya concluido de la población saharauí realizado por la MINURSO, y que es la única base sólida sobre la que se puede afirmar o negar la condición saharauí de la misma.

El TG rechaza que las que las instituciones europeas denominan “poblaciones afectadas” sean las titulares del derecho de autodeterminación, en los términos siguientes:

“il peut en être déduit que la notion de ‘populations concernées’ visée par les institutions inclut pour l’essentiel les populations qui se trouvent actuellement sur le territoire du Sahara occidental, *indépendamment de leur appartenance ou non au peuple de ce territoire*, sans préjudice, néanmoins, selon les termes du rapport du 11 juin 2018, du ‘[recueil de] l’opinion de la population sahraouie réfugiée’ que permettrait ‘[l’]inclus[ion] [du] requérant parmi les parties consultées’. Ainsi, cette notion se distingue de celle de ‘peuple du Sahara occidental’ d’une part, en ce qu’elle est susceptible d’inclure l’ensemble des populations locales affectées,

⁷⁰ *Ibid.*, párr. 373.

⁷¹ *Ibid.*, párr. 376.

positivement ou négativement, par l'application de l'accord litigieux sur ce territoire et, d'autre part, en ce qu'elle ne possède pas le contenu politique de cette seconde notion, découlant, notamment, du droit à l'autodétermination reconnu audit peuple"⁷².

Este párrafo de la sentencia es clave para entender qué diferencia existe entre "poblaciones afectadas" y "pueblo del Sahara Occidental" o "pueblo saharauí", expresión esta última que el tribunal se resiste a utilizar, y que reserva, en este mismo párrafo, a la "población refugiada saharauí", cuya pertenencia al "pueblo del Sahara Occidental" no cuestionan ni el tribunal, ni las propias instituciones europeas en su informe de 11 de junio de 2018. Las afirmaciones contenidas en este párrafo llevan al tribunal a rechazar que las consultas realizadas por la Comisión constituyan el consentimiento del pueblo saharauí exigido por la sentencia del TJUE. De él se pueden deducir al menos dos cuestiones fundamentales:

- *Los colonos no forman parte del pueblo saharauí, por lo que su opinión es irrelevante.* La afirmación de que la noción de "poblaciones afectadas" utilizada por las instituciones europeas se refiere esencialmente a quienes se encuentran en estos momentos en el territorio saharauí, "con independencia de que pertenezcan o no al pueblo de dicho territorio", constituye la primera referencia que se hace en sede judicial, aunque no menciona expresamente el término, a la *población colona marroquí*, para, además, rechazar sutilmente que deba tenerse en cuenta su opinión, por no formar parte del pueblo saharauí, único titular del derecho de autodeterminación. Nadie cuestiona que los acuerdos beneficien a "las poblaciones locales" del territorio. El problema es que los beneficiarios no son los saharauís, sino los colonos marroquíes, que se encuentran en el Sahara Occidental en violación de los Convenios de Ginebra, puesto que, tal y como recordaba la *High Court* del Reino Unido, "as most of the Sahrawi people live to the east of the berm or in refugee camps in Algeria, those who may benefit from the mining of phosphate are not the 'people of the territory' but, more likely, Moroccan settlers"⁷³. Una vez más, el alto tribunal británico pone los puntos sobre las íes, y se refiere expresamente al pueblo saharauí ("Sahrawi people") y a los colonos marroquíes ("Moroccan settlers").

- *Para las instituciones europeas, el Frente POLISARIO representa, al menos,*

⁷² *Ibid.*, párr. 337. El destacado es nuestro.

⁷³ *High Court of South Africa, Eastern Cape local Division, Port Elizabeth, Case 1487/17, judgement of 5 of May 2017, párr. 48.*

a la población refugiada. Teniendo en cuenta que, de la literalidad del informe de 11 de junio de 2018, se deduce que la Comisión considera que, al entrevistarse con el Frente POLISARIO, ha tenido en cuenta la opinión de la población refugiada saharai, es evidente que considera al MLN saharai como representante de la población refugiada, un argumento más a favor de su subjetividad internacional, aunque el tribunal no lo mencionara en ese apartado concreto de la sentencia.

2.2.6.2. La explotación de los recursos naturales *en beneficio* del pueblo del Sahara Occidental. El final del informe Corell

Una de las aportaciones más importantes de esta sentencia es que desecha definitivamente un argumento introducido en el contexto del conflicto saharai por el consejero Jurídico de la ONU, Hans Corell, y que desde hace casi dos décadas venía siendo utilizado por las instituciones europeas para justificar la legalidad de los acuerdos. Ya nos hemos referido en trabajos anteriores a la cuestión, y vamos a referirnos de nuevo a la misma, con la esperanza de no tener que volver a hacerlo. Como señalábamos anteriormente, Hans Corell realizó este informe en relación con la legalidad de acuerdos concluidos por Marruecos con dos compañías petrolíferas para explorar y, en su caso, explotar, los recursos naturales que pudieran encontrarse en la plataforma continental del Sahara Occidental. Este informe señalaba que, por medio de los acuerdos tripartitos de Madrid, España no cedió la soberanía sobre el territorio, puesto que era la potencia administradora del mismo y no su soberana. Pese a la obviedad de esta afirmación, y a que no dejaba de ser un mero informe de la asesoría jurídica de la Organización sin carácter vinculante, el hecho de que fuera el primer pronunciamiento sobre la cuestión desde que la Corte internacional de Justicia dictara su opinión consultiva sobre el Sahara Occidental en 1975, una sequía de más de un cuarto de siglo, fue muy celebrada porque devolvía cierto protagonismo al conflicto saharai. Además de no tener más que carácter consultivo, en nuestra opinión, este informe incurre en un grave desliz que ya hemos analizado en otro lugar, pero que sucintamente recogemos en las líneas que siguen. En su informe, Corell se apoyaba en una supuesta *opinio iuris*, cuya existencia afirmaba sin justificar, y que nosotros no compartimos, en virtud de la cual,

“cuando las actividades de explotación de recursos redundan *en beneficio* de los pueblos de los Territorios no autónomos y se realizan *en su nombre o en consulta con sus representantes*, se consideran compatibles con las obligaciones que incumben a la Potencia (administradora) en virtud de la Carta de las Naciones

Unidas, así como conformes a las resoluciones de la Asamblea General y al principio consagrado de soberanía permanente sobre los recursos naturales⁷⁴.

Es cierto que algunas potencias administradoras, cuando concluyen tratados internacionales que afectan a su territorio metropolitano y quieren que se apliquen igualmente en los territorios coloniales que administran, incluyen en los mismos la denominada "cláusula colonial". Pero, además de ser casos muy concretos, se trata de potencias administradoras, no de potencias ocupantes.

Las explicaciones que dio en una conferencia celebrada en 2008 en Pretoria, en la que quien escribe estas líneas participó como ponente, para justificar que basara su informe en los poderes de las potencias administradoras en vez de en los de las potencias ocupantes dejan mucho que desear, puesto que apuntan a razones políticas más que jurídicas:

"In preparing for the formulation of the opinion I had my collaborators look at several options. Among these was certainly the option of basing the opinion on the laws of occupation, all the more so as I had officers with particular expertise in this matter in my Office. However, in view of the way in which the United Nations had addressed the situation in Western Sahara, and the result of the various analyses, I came to the conclusion that the best way to form a basis for the legal opinion, was to make an analysis by analogy, taking as point of departure the competence of an administering power. Any limitation of the powers of such an entity acting in good faith, would certainly apply *a fortiori* to an entity that did not qualify as an administering power but de facto administered the territory"⁷⁵.

El TG aparca definitivamente el famoso informe, para señalar lo siguiente:

- En primer lugar, las instituciones no pueden eludir la obligación de respetar la interpretación del TJUE de las normas de Derecho internacional aplicables a un acuerdo relativo a un TNA, sustituyendo tal interpretación por otros criterios extraídos "de una carta del Consejero Jurídico de las Naciones Unidas al Consejo de Seguridad, que, además, no son vinculantes".

⁷⁴ Opinión Consultiva del Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos solicitada por el presidente del Consejo de Seguridad, de 29 de enero de 2002 (S/2002/161).

⁷⁵ CORELL, H., "The legality of exploring and exploiting natural resources in Western Sahara", en la obra colectiva *Multilateralism and international law with Western Sahara as a case study* (eds. Neville Botha, Michèle Olivier, Delarey van Tonder), Pretoria, University of South Africa, 2010, p. 280. Previamente ya había insinuado que su opinión jurídica no lo sería tanto... "Furthermore, in this particular case, the United Nations was - and is - engaged in a very delicate process in order to assist in finding a just solution, respecting the international rules on self-determination. The opinion therefore had to be formulated with these aspects in mind" (*ibidem*)

- En segundo lugar, el informe es relativo a contratos privados y no a tratados internacionales.
- Finalmente, Corell se basa en “analogías” de acuerdos de potencias administradoras, cuando ni Marruecos lo es ni lo pretende ser.

Por otra parte, como forma de defender el criterio de la legalidad de la explotación de los recursos naturales en beneficio de la población, y en el marco concreto de los acuerdos de pesca, la Comisión alegó que la Resolución III del Acta Final de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 30 de abril de 1982, estableció que, en el caso de un TNA, “las disposiciones relativas a los derechos o intereses a que se refiere la Convención se aplicarán en beneficio de la población de dicho territorio con objeto de promover su prosperidad y desarrollo”. El TG, con buen criterio afirma que la mencionada resolución debe interpretarse a la luz del principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales y el derecho de autodeterminación, “en ce sens que l’exercice de ces droits au profit de ces peuples par un sujet tiers, par exemple la puissance administrante, ne peut intervenir sans qu’ils soient mis en mesure d’exprimer leur volonté à cet égard”⁷⁶. Pese a la contundencia de esta afirmación, la Comisión no tira la toalla...⁷⁷.

2.3. El mantenimiento de los efectos de la Decisión

De acuerdo con lo establecido por el artículo 264.2 TFUE, por razones de seguridad jurídica, y entendiendo que la anulación de la Decisión impugnada con efecto inmediato podría tener graves consecuencias para la acción exterior de la UE y poner en tela de juicio la seguridad jurídica de los compromisos internacionales asumidos por ésta y que vinculan a las instituciones y a los Estados miembros, el TG decide mantener los efectos de la Decisión impugnada durante un período que no puede exceder del plazo contemplado en el artículo 56.1 del Estatuto del TJUE o, si se ha interpuesto un recurso

⁷⁶ Sentencia del TG de 29 de septiembre 2021, T-279/19, *ECLI:EU:T:2021:639*, párr. 223).

⁷⁷ El 22 de diciembre de 2021, casi tres meses después de que el TG dictara la sentencia que analizamos, la Comisión ha hecho público un nuevo informe titulado “2021 Report on the benefits for the people of Western Sahara on extending tariff preferences to products from Western Sahara”, en el que insiste una vez más en los supuestos beneficios que aportan los acuerdos de libre comercio al desarrollo del territorio saharauí, y ya sin reparos, reconoce que se aplican en el mismo. Igualmente, contradiciendo la literalidad de la sentencia, este informe reitera que los acuerdos contribuyen a una solución del conflicto acorde con las resoluciones de las Naciones Unidas: “The EU looks forward to the swift resumption of the UN-led process to achieve a just, lasting, and mutually acceptable political solution under the guidance of the UN Secretary General’s Personal Envoy Staffan de Mistura. The Commission considers that the EU’s pragmatic approach, including with respect to trade arrangements applicable to products from Western Sahara, are conducive to a better socio-economic environment and dovetail our continued engagement in support of the UN endeavours” (SWD(2021) 431 final, p. 31).

de casación dentro de dicho plazo, hasta que se dicte la sentencia del Tribunal de Justicia sobre dicho recurso. En este caso, dado que el Consejo ha recurrido la sentencia en casación el 16 de diciembre de 2021 (la Comisión lo hizo dos días antes), previsiblemente la sentencia definitiva llegará a finales de 2022 o principios de 2023.

El hecho de que la norma que viola los acuerdos, el derecho a la libre determinación de los pueblos, sea una norma de *ius cogens*, que vincula a las instituciones de la UE, como ha afirmado el propio tribunal, hace incompatible esta decisión con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que señala que es nulo "todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general".

En nuestra opinión, tratándose de la violación una norma imperativa de Derecho internacional general, que, por lo tanto, obliga a las instituciones de la UE, incluido el propio tribunal, esta parte final de la sentencia es contraria al Derecho internacional. El TG trata de contentar a la "parte perdedora" en el procedimiento, cayendo en el tradicional derrotero político de muchas de sus sentencias, al tratar de compensar de alguna forma la contundencia de la sentencia, aunque no hace más que aplicar el Derecho internacional de forma impecable. El artículo 71 de la Convención establece como consecuencia de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general la obligación de las partes de eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya ejecutado basándose en la norma imperativa y de ajustar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de Derecho internacional general. Parece evidente que la decisión del tribunal es incompatible con esta disposición. En todo caso, parece claro que, si la sentencia en casación del TJUE confirma la del TG, abrirá las puertas al Frente POLISARIO para presentar reclamaciones de indemnizaciones por la explotación ilegal de los recursos naturales saharauis, al menos desde la sentencia del TJUE de 2016, que estableció el requisito de contar con el consentimiento del pueblo saharauí, aunque es perfectamente defendible que estas se remonten varios años atrás.

IV. LOS ACUERDOS DE PESCA

1. La Decisión 2019/441 del Consejo, de 4 de marzo de 2019, y el recurso del Frente POLISARIO

De la misma forma que ocurrió con los acuerdos de libre comercio, dando por bueno que se contaba ya con el consentimiento del "pueblo del Sahara Occidental", y después

de recibir el preceptivo visto bueno del Parlamento Europeo⁷⁸, el 14 de enero de 2019, la UE y Marruecos firmaron en Bruselas el *Acuerdo de colaboración en materia de pesca sostenible entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos, su protocolo de aplicación y el canje de notas que acompaña a dicho Acuerdo*. El 4 de marzo de 2019, el Consejo adoptó la *Decisión (UE) 2019/441 relativa a la celebración del Acuerdo de colaboración en materia de pesca sostenible entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos, su protocolo de aplicación y el canje de notas que acompaña al Acuerdo*⁷⁹.

Siguiendo el modelo de la Decisión relativa a los acuerdos de libre comercio, señalaba en su considerando 5 que, al objeto de cumplir lo establecido por la sentencia del TJUE, “Les flottes de l’Union devraient avoir la possibilité de poursuivre les activités de pêche qu’elles avaient exercées depuis l’entrée en vigueur de l’accord, et le champ d’application de l’accord devrait être défini de manière à y inclure les eaux adjacentes au territoire du Sahara occidental”. De esta forma, las instituciones de la UE venían a reconocer lo obvio, aunque había sido negado por el propio TJUE: los acuerdos se venían aplicando en las aguas jurisdiccionales saharauis.

Su considerando 9 reiteraba el argumento del presunto beneficio del acuerdo para “las poblaciones afectadas”, dadas las repercusiones socioeconómicas positivas que supuestamente producirían los acuerdos, en particular en términos de empleo e inversiones. Finalmente introducía un nuevo argumento, este de marcado carácter paternalista, según el cual estos acuerdos constituyen “la mejor garantía para la explotación sostenible de los recursos naturales de las aguas adyacentes al Sahara Occidental”, dado que respetan “los mejores dictámenes y recomendaciones científicas en este ámbito y están sujetas a medidas de seguimiento y control adecuadas”, erigiéndose de esta manera la UE en una especie de vigía de la pesca sostenible, cuestionando que un estado saharauí independiente pudiera hacerlo.

La Decisión repite textualmente los argumentos que hemos analizado en relación con los acuerdos de libre comercio, por lo que nos remitimos a esa parte del presente estudio. En esta ocasión, además, se incluyen de forma expresa las aguas adyacentes al Sahara Occidental⁸⁰ y se reiteran los consabidos apoyos al proceso de las Naciones Unidas, a los esfuerzos del Secretario General... para lograr una solución política

⁷⁸ El pleno del Parlamento Europeo aprobó el 16 de enero de 2019 el texto relativo al acuerdo de libre comercio, por 444 votos a favor, 167 en contra y 68 abstenciones, y el 12 de febrero de 2019 relativo al acuerdo de pesca, por 415 votos a favor, 189 en contra y 49 abstenciones.

⁷⁹ DO 2019 L 77, p. 4.

⁸⁰ Se entiende por “zona de pesca” “les eaux de l’Atlantique centre-est situées entre les parallèles 35°47’18” nord et 20°46’13” nord, y compris les eaux adjacentes [au] Sahara occidental, couvrant l’ensemble des zones de gestion” (Sentencia del TG de 29 de septiembre 2021, T-279/19, ECLI:EU:T:2021:639, párr. 60).

definitiva de conformidad con los principios y objetivos de la Carta de las Naciones Unidas, así como las excusas no pedidas: los acuerdos no cuestionan la posición de las diferentes partes en el proceso de paz.

2. La Sentencia del TG de 29 de septiembre de 2021

La Sentencia en relación con los acuerdos de pesca reitera prácticamente de forma literal los mismos argumentos de la sentencia relativa a los acuerdos de libre comercio que hemos analizado en este estudio, por lo que tan solo vamos a referirnos a algunas cuestiones puntuales relacionadas directamente con la especificidad propia del Derecho del Mar.

En este sentido, el tribunal no cuestiona el espacio marítimo en que se aplica el acuerdo, pues está claramente establecido en las coordenadas geográficas aportadas como anexo a los acuerdos, que incluyen expresamente las aguas adyacentes al Sahara Occidental, y recurre para ello a las impecables conclusiones del AG Wathelet, que el TJUE no solo no tuvo en cuenta en su sentencia de 2018, sino que ignoró abiertamente. El TG concluye que lleva razón el Frente POLISARIO cuando basa su legitimación activa en el hecho de que la Decisión impugnada aprueba un acuerdo entre la UE y Marruecos que se aplica explícitamente al territorio del Sahara Occidental y a las aguas adyacentes⁸¹.

Por otra parte, de una forma un tanto abstracta, la Comisión alegó que “la relación jurídica ‘exacta’ entre un TNA y las aguas situadas frente a sus costas no se rige ‘claramente’ por el Derecho internacional, en particular por la Convención sobre el Derecho del Mar”, pretendiendo que los derechos reconocidos por la Convención de Montego Bay a los Estados no son igualmente aplicables a los TNA. El tribunal afirmó que el pueblo del Sahara Occidental tiene derecho a la soberanía permanente también sobre los recursos naturales de sus aguas jurisdiccionales, lo que deduce, además, de la literalidad de la Resolución 50/33 de la Asamblea General de la ONU, que lo afirma expresamente⁸².

Aunque la expresión utilizada en el acuerdo, “aguas adyacentes al Sahara Occidental”, no especifica si se refiere al mar territorial, a la ZEE o a ambos, y aunque es obvio que la pesca se practica en toda la extensión de la ZEE saharauí, el TG entiende que los TNA pueden gozar de derechos, en particular en lo que respecta a la explotación

⁸¹ *Ibid.*, párr. 123.

⁸² *Ibid.*, párr. 226. La Resolución 50/33 de la Asamblea General reiteraba “que la explotación perjudicial y el saqueo de los recursos marinos y demás recursos naturales de los territorios coloniales y no autónomos por parte de intereses económicos extranjeros, en violación de las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas, constituyen una amenaza a la integridad y la prosperidad de esos territorios”

de los recursos naturales en ambos espacios, “sin perjuicio de la delimitación de las zonas marítimas de los Estados ribereños no miembros y de sus derechos”, una frase que reenvía a una cuestión que permanece irresuelta, como es la delimitación de las fronteras marítimas entre España y Marruecos, consecuencia directa de que el conflicto saharauí siga abierto⁸³.

Esta sentencia mantiene igualmente los efectos de la Decisión impugnada hasta el TJUE dicte la sentencia sobre el recurso presentado, por lo que merece la misma valoración, e igualmente ha sido recurrida por el Consejo y la Comisión⁸⁴.

V. CONCLUSIONES

Aunque se hayan llegado a calificar las sentencias que analizamos de “densas, opacas y confusas”⁸⁵, lo cierto es que sus principales conclusiones no pueden ser más

⁸³ La inexistencia de delimitación fronteriza marítima es el origen de continuos incidentes hispano-marroquíes. Uno de los más recientes (febrero de 2020) fue provocado por la aprobación por el parlamento marroquí de sendas leyes de delimitación del espacio marítimo de este Estado, que incluían las aguas saharauis y proclamaba la soberanía marroquí sobre los recursos minerales existentes en el monte submarino Tropic (en especial el telurio, material con el que se fabrican paneles solares). Igualmente, en noviembre de 2021 el Ministerio de Asuntos Exteriores español remitió una nota verbal de protesta al Gobierno marroquí por la instalación, sin los oportunos permisos, de una piscifactoría en aguas que se encuentran bajo soberanía española, junto a la costa de las islas Chafarinas (<https://elpais.com/espana/2021-11-24/espana-protesta-ante-marruecos-por-instalar-una-piscifactoria-en-aguas-de-las-chafarinas.html>) (visitada por última vez el 14 de enero de 2022).

⁸⁴ Ambos recursos fueron presentados igualmente el 14 (la Comisión) y el 16 de diciembre (el Consejo). Aunque no es habitual que la Comisión intervenga en casos de recurso presentados por el Consejo, lo es aún menos que lo haga por separado. En el momento en que se escriben estas líneas (14 de enero de 2022) no se ha comunicado aún a la defensa del Frente POLISARIO el contenido de los recursos ni si los apoya algún Estado miembro de la UE.

⁸⁵ YTURRIAGA, J.A., “Varapalo del Tribunal de Justicia a la UE y a Marruecos por la pesca en el Sáhara occidental”, *LA LEY Unión Europea*, nº 97, noviembre 2021, 1 de noviembre de 2021, p. 3. El diplomático español defiende la solución de una autonomía “amplia y genuina” para el pueblo saharauí dentro de Marruecos, lo que equivale pura y llanamente a la integración del Sahara Occidental en este país. Ver en este sentido, su estudio *El Sahara español: un conflicto aún por resolver*, ed., Pigmalión, Sial, colección Casa de África, Madrid, 2020. En todo, caso, y como ha señalado Isaías BARREÑADA, la autonomía es inviable en un régimen político como el marroquí: “Morocco raises autonomy as a blocking resource in negotiations, on the sidelines of the decolonisation process defined by the United Nations”. Este interesante estudio compara la diferente forma de afrontar la explotación de los recursos naturales de los TNA de Nueva Caledonia, por Francia, y del Sahara Occidental, por Marruecos, para concluir que ni la zanahoria francesa ni el palo marroquí conseguirán hacer desistir al pueblo canaco y al saharauí de sus derechos. Francia ha tratado inútilmente de atraerse el favor de la población mediante la concesión de una progresiva autonomía, ya que como muestra el resultado de los últimos referéndums, el autogobierno ha reforzado los sentimientos de identidad canaca y la percepción de la viabilidad de la independencia. Por su parte, “Morocco promotes its faits accomplis, seeking legalisation and acceptance and refusing to hold a self-determination referendum”, y este autor le augura un negro futuro en el territorio, en la medida en que este dependa del voto de los propios saharauis (e incluso de parte de los colonos), “because maintaining the *status quo* with a centralised, authoritarian administration inflames protest and resistance, while making concessions regarding self-government can also fuel independentist positions” (BARREÑADA, I., “Autonomy and Natural Resources: the self-Determination process in New Caledonia as a Counter-Lesson for Western

contundentes y precisas. Como siempre, tienen luces y sombras, pero en esta ocasión brillan más las luces que las sombras.

Ciertamente, la sentencia hace concesiones a las instituciones europeas en el plano político, e incurre en importantes contradicciones. Por una parte, el tribunal evita calificar de *ocupación militar* la “situación particular del Sahara Occidental”, aunque de su discurso no cabe deducir otra interpretación. Obviamente, esta afirmación provocaría la tradicional reacción airada del gobierno marroquí cada vez que se le recuerda la ilegalidad de su presencia en el territorio, pero ese hecho no podría, o, mejor dicho, no debería condicionar, como de hecho hace, las decisiones del tribunal. Y no se trata de una cuestión baladí, ya que la consecuencia directa de la ocupación militar es la aplicabilidad en el territorio del Derecho internacional humanitario.

Por otra parte, *mantener los efectos de la Decisión impugnada* hasta que el TJUE dicte la sentencia en casación, cuando el propio tribunal ha afirmado expresamente que la misma viola el derecho de autodeterminación del pueblo saharauí, una norma de derecho imperativo, constituye un grave error ya que ignora el Derecho internacional general, que la propia sentencia ha afirmado que debe respetar la UE. El propio tribunal utiliza en varias ocasiones disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pero en este apartado obvia su artículo 53, una de las disposiciones más importantes de la Convención, que establece que es nulo todo tratado que, *en el momento de su celebración*, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general, como es el caso. El artículo 264.2 TFUE, por razones de seguridad jurídica, y cuando la anulación de la Decisión impugnada con efecto inmediato pueda tener graves consecuencias para la acción exterior de la UE, permite al Tribunal mantener los efectos de la Decisión durante un tiempo para no perjudicar la credibilidad de la UE a la hora de cumplir sus compromisos internacionales. Tiene sentido que, durante un periodo razonable, se mantengan dichos efectos para que las instituciones europeas tengan tiempo para adaptar la ejecución de los acuerdos a la nueva situación jurídica establecida por el tribunal⁸⁶. Pero permitir que durante prácticamente dos años se siga aplicando un acuerdo que viola una norma de *ius cogens* excede con creces de lo permitido por el Derecho internacional⁸⁷. Sin duda es una concesión a las instituciones

Sahara”, *The Journal of North African Studies*, 2021, pp. 18-19, <https://doi.org/10.1080/13629387.2021.1917126>).

⁸⁶ Así, por ejemplo, entre otras muchas, la sentencia de 7 de julio de 1992, Parlamento/Consejo, C-295/90, EU:C:1992:294, estableció el mantenimiento de los efectos de una directiva que el Tribunal anuló hasta que se aprobara una nueva directiva “con base jurídica apropiada”. Pero, a diferencia del caso que nos ocupa, no se trataba de una norma de derecho imperativo.

⁸⁷ Como ha señalado VAN ELSUWEGE, “Once again, the Court’s reference to the VCLT (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) and the rules of customary international law on the interpretation of treaties appears to be rather selective” (VAN ELSUWEGE, P., “The EU

para no empeorar las difíciles relaciones existentes con Marruecos, pero tiene más de política que de jurídica. Tal decisión merecía, al menos, una explicación. Si no la dio es porque carecía de argumentos jurídicos que la sustentaran.

Por el contrario, tal y como hemos mencionado, las aportaciones de la sentencia brillan con luz propia. De forma muy sintética, estas son las principales :

- *El Frente POLISARIO es el único y legítimo representante del pueblo saharauí.* El TG descarta la existencia de otros representantes, incluida España, sobre cuya condición de potencia administradora no se pronuncia. En todo caso, afirma que, aunque lo sea, en ningún caso puede representar al pueblo saharauí. El hecho de que intervenga en los procedimientos ante el TJUE defendiendo lo contrario de lo que plantea el Frente POLISARIO evita cualquier otro comentario.

- *El Frente POLISARIO tiene legitimación activa ante el TJUE y está directa e individualmente afectado* por las Decisiones recurridas. La legitimación activa se deriva del derecho del pueblo saharauí a una protección jurisdiccional efectiva. Era esta, sin duda, una cuestión de vital importancia, ya que un pronunciamiento en sentido contrario habría cerrado definitivamente las puertas de los tribunales europeos al MLN saharauí.

- *El denominado “pueblo del Sahara Occidental” no es otro que el pueblo saharauí*, a quien representa el Frente POLISARIO, aunque el TG no se atreve a decirlo expresamente utilizando la terminología de la *High Court* británica (*Saharawi people*). Las asociaciones y representantes electos consultados por la Comisión, también denominadas “poblaciones afectadas”, no forman parte del pueblo saharauí, son colonos marroquíes (tampoco se atreve a utilizar la terminología correcta, como hace la *High Court* británica (*Moroccan settlers*), por lo que su opinión es irrelevante a efectos del derecho de autodeterminación y de manifestar el consentimiento requerido por el TJUE.

- Ni el hecho de que el pueblo saharauí no haya podido ejercer aún el *derecho a la autodeterminación*, reconocido por las Naciones Unidas, ni el carácter colectivo del mismo impiden que pueda ser invocado por el Frente POLISARIO ante el TJUE.

- *La UE no puede reconocer la soberanía de Marruecos sobre el Sahara Occidental.* Esta afirmación es una obviedad. Pero que lo diga expresamente el

and Non-Recognized Territories lessons from the Case Law of the Court of justice of the European Union”, en la obra colectiva *Unrecognized Entities Perspectives in International, European and Constitutional Law* (Benedikt C. Harzl and Roman Petrov ed.), Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2020, p. 122).

TG es de extrema importancia, porque si, pese a las enormes presiones de Marruecos, la UE no se había atrevido a dar ese paso, ahora este Estado sabe que sería inútil pedírselo.

- La sentencia “liquida” los efectos sobredimensionados del informe de Hans Corell. Por fin se abandona de forma definitiva el contenido de un informe que, aunque en un principio fue muy bien recibido, escondía una trampa que, a la larga, ha hecho más mal que bien al pueblo saharauí, ya que ha avalado durante casi dos décadas la explotación de los recursos naturales saharauí con el argumento de que esta se practicaba en beneficio del pueblo saharauí. El tribunal reitera lo establecido por el TJUE: *es indiferente que la explotación de los recursos naturales beneficie o perjudique al pueblo saharauí*. Para que los acuerdos sean conformes con el Derecho internacional, debe cumplirse un único requisito: obtener el consentimiento del pueblo saharauí.

- *Solo el Frente POLISARIO puede dar el consentimiento del pueblo saharauí*. Este consentimiento, que se deriva del principio del efecto relativo de los tratados, debe ser explícito, libre y auténtico para que los acuerdos sean conformes con el Derecho internacional.

Esta sentencia debería ser un punto de inflexión en la forma en que la Unión Europea afronta el conflicto saharauí. Sus intereses están claros: impedir la llegada masiva y descontrolada de inmigrantes; poner freno al contrabando de drogas en el Estrecho de Gibraltar, vía principal de entrada de las mismas en Europa; mantener y acentuar la cooperación en la lucha contra el terrorismo internacional; salvaguardar los intereses españoles en Ceuta y Melilla... Pero, por legítimos que sean, no todo vale para alcanzar tales objetivos. El límite es el Derecho internacional. Después de diez años de intensa actividad judicial, los esfuerzos del Frente POLISARIO comienzan a dar sus frutos, al tiempo que las relaciones entre Marruecos y España y la UE empiezan a resquebrajarse. Lejos de ser un factor de estabilidad en la región, la monarquía alauita es garantía de conflicto permanente. La tensa situación que viven las relaciones argelino-marroquíes en el marco del conflicto bélico que ha vuelto al Sahara Occidental son buena muestra de ello. Como ha señalado Natividad FERNÁNDEZ SOLA, “una posición europea asentada en el respeto a la libre determinación de los pueblos de acuerdo a lo establecido por la ONU, reforzaría su posición internacional, frente a Marruecos, quien se aprovecha de la

división, y frente a la nueva administración norteamericana, al tiempo que favorecería la resolución del conflicto”⁸⁸.

Es hora de que la UE despierte del largo periodo de hibernación en que permanece desde hace casi medio siglo, sueño de la razón europea y pesadilla del pueblo saharai, y de que entienda que no puede ceder siempre al chantaje de Marruecos, que, por definición, nunca cesará. Es hora de que actúe en consecuencia y de que aborde la descolonización del territorio con independencia del coste temporal que conlleve a sus relaciones con este Estado, porque, al cabo de un tiempo, volverán necesariamente a la normalidad. Es hora de que la UE apueste de una vez por todas por el Derecho internacional.

⁸⁸ FERNÁNDEZ SOLA, N., “La relación transatlántica bajo la presidencia de Biden y la integración europea: ¿cambio o continuidad?”, *RGDE* 53 (2021), p. 12.