

JUSTICIA, ESPAÑA Y SAHARA OCCIDENTAL

Eduardo Fungairiño Bringas

Colaborador de la Liga Española Pro Derechos Humanos

El Sahara Occidental (antigua provincia española y de población saharauí) **se encuentra ilegalmente ocupado por Marruecos desde 1975. Ocupación** reiteradamente condenada por las Naciones Unidas y que **no es reconocida por la comunidad internacional**¹.

Se trata de una **ocupación colonial** que tiende a integrar todo el territorio sahariano en la jurisdicción de Marruecos, rompiendo la identidad territorial², **apoderándose de sus recursos naturales** (pesquerías, minería, arenas, riqueza turística, terreno agrícola, etc.) y desconociendo su sistema

¹ Ver, entre otras muchas, las Resoluciones de la Asamblea General 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960 y 1541 (XV), de 15 de diciembre de 1960, y Resoluciones del Consejo de Seguridad 658 (1990), de 27 de junio de 1990, 690 (1991), de 29 de abril de 1991, 1359 (2001), de 29 de junio de 2001, 1429 (2002), de 30 de julio de 2002, 1495 (2003), de 31 de julio de 2003, 1541 (2004), de 29 de abril de 2004, 1570 (2004), de 28 de octubre de 2004, 1598 (2005), de 28 de abril de 2005, 1634 (2005), de 28 de octubre de 2005, 1675 (2006), de 28 de abril de 2006, y 1720 (2006), de 31 de octubre de 2006, 1754 (2007), de 30 de abril de 2007, 1783 (2007), de 31 de octubre de 2007, 1813 (2008), de 30 de abril de 2008, 1871 (2009), de 30 de abril de 2009, 1920 (2010), de 30 de abril de 2010, 1979 (2011), de 27 de abril de 2011, y 2044 (2012), de 24 de abril de 2012. Ver también el informe S/2002/161 de enero del 2002 del Secretario General Adjunto de las NN.UU. para Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico, Hans CORELL, dirigido al Presidente del Consejo de Seguridad de la ONU

² El Sahara Occidental ha sido fragmentado por la Administración marroquí en tres regiones, a su vez divididas en prefecturas: Guilemin-Smara, El Aaiún-Bojador-Sequia El Hamra, y Uad Ed Dahab-La Güera. Nótese que Guilemin no formaba parte de la antigua provincia española, por lo que se mezclan en una sola región territorios marroquíes y saharianos.

judicial tribal coránico³. La mayor parte de **los procedimientos judiciales en que se ven involucrados los saharauis** que protestan por la ocupación **son llevados** –acusados de traición- **ante Tribunales Militares que actúan fuera del Sahara.**

La **vulneración de Derechos Humanos en el Sahara Occidental** es constante. Las Fuerzas de Seguridad marroquíes (Policía, Gendarmería Real, Fuerzas Auxiliares) llevan a cabo –especialmente en perjuicio de los que se oponen pacíficamente a la ocupación- **detenciones** arbitrarias (a veces transformadas en desapariciones forzadas), **allanamientos** sin orden judicial, impiden las concentraciones y manifestaciones, etc. Todo ello ante la **impavidez de la MINURSO**⁴, que carece de un componente de vigilancia o monitorización del respeto a los DD.HH.

Existen, por tanto, razonables dudas acerca de que la función judicial en el Sahara Occidental esté desarrollándose conforme a las pautas de imparcialidad, objetividad y publicidad que cabría esperar de un Estado miembro de la Organización de las Naciones Unidas. Lo que tiene importancia no sólo para la población titular del territorio, los saharauis, sino también cuando las víctimas de los delitos y de las vulneraciones de los Derechos Humanos **son o ha sido españoles.**

Existen muchos crímenes sin investigar, especialmente en los primeros años de la ocupación (asesinatos, desapariciones forzadas, crímenes de guerra por bombardeo de poblaciones civiles, cegamiento de pozos, desplazamientos forzosos de personas, etc.). Y en el propio

³ Mantenido por España, según art. 5 de la Ley 8/1961, de 19 de Abril de organización del régimen jurídico del Sahara

⁴ Misión de las Naciones Unidas para el Referéndum en el Sahara Occidental.

Marruecos **no se ha abierto proceso a los responsables** (ni a los mandos policiales inductores ni a los ejecutores materiales) de dichos crímenes⁵.

Criterios del ejercicio de la jurisdicción.

Es sabido que la Jurisdicción que un Estado miembro de la comunidad internacional puede ejercitar puede basarse en la territorialidad, en la personalidad activa, en la personalidad pasiva, en la protección de intereses esenciales, o en la universalidad. La ley española admite los **criterios de territorialidad** (art. 8 del CC y 23.1 de la LOPJ), de **personalidad pasiva** (art. 23.2 de la LOPJ), de **protección de intereses esenciales o protección real** (art. 23.3 de la LOPJ) y de **persecución universal** (art. 23.4 de la LOPJ y Tratados sobre los delitos a que dicho artículo se refiere).

Pero no admite el principio de personalidad pasiva, al contrario que Francia, Alemania, Finlandia, Italia, Bélgica, Portugal y Grecia.

⁵ Miles de muertos y heridos y no menos de 500 desaparecidos.

Situación actual.

La Justicia española, y específicamente **los Juzgados Centrales de Instrucción, tienen abiertos procesos en dos casos** por crímenes ocurridos en el Sahara.

En el Juzgado Central de Instrucción nº 5 se tramitan desde octubre de 2007 diligencias por delitos de genocidio y tortura cometidos en el Sahara Occidental entre los años 1976 y 1987 en perjuicio de los pobladores saharauis (se cifran en más 500 los desaparecidos). El procedimiento, iniciado por querrela de diversas asociaciones de defensa de los Derechos Humanos y familiares de las víctimas, se dirige contra 10 responsables de la Gendarmería Real y de la Policía marroquí⁶.

¿Por qué la jurisdicción es ejercida por un Juez de Instrucción español si los hechos tuvieron lugar fuera de España (siempre que se considere que el Sahara Occidental ya no es España)? Lo mejor sería que las investigaciones las realizara el Juez del lugar, el *judex loci delicti commissi*, que puede examinar el *locus in quo*, recibir declaración a los inculcados que todavía se encuentren en la región, recibir declaración a los familiares de las víctimas y otros testigos, localizar los enterramientos, llevar a cabo las inhumaciones, etc.

⁶ Entre ellos Hosni Benslimane, antiguo Comandante General de la Gendarmería Real; Abdelhafid Ben Hachem, antiguo Director General de la Seguridad Nacional; y Hariz el Arbi, Jefe de la Policía de Dajla (la antigua Villa Cisneros). En noviembre de 2006 las autoridades francesas solicitaron al gobierno marroquí la posibilidad de interrogar a Benslimane por el secuestro y posterior desaparición del disidente del régimen de Hasan II, Mehdi Ben Barka, ocurrida en 1965 en la capital francesa. En octubre de 2010, recayó sobre él una euroorden de búsqueda y captura emitida por el juez instructor francés Patrick Ramaël.

Como decíamos antes, Marruecos no ha iniciado procedimiento judicial alguno y es impensable que lo haga. Tratándose de delito de genocidio **¿Podría pedirse la intervención de la Corte Penal Internacional?** No es posible. En primer lugar, Marruecos no es parte en el Estatuto de Roma, de 17.7.1998 (art. 12.1). En segundo lugar, **la Corte Penal Internacional**, que entiende de los delitos de genocidio, de lesa humanidad, y de crímenes de guerra, **no puede juzgar crímenes cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de dicho Estatuto** (v. art. 11.1), que tuvo lugar en 2002.

Si ni Marruecos quiere investigar esos hechos (falta de interés) ni la Corte Penal Internacional puede (limitación temporal), **veamos muy esquemáticamente qué justifica la intervención de un juzgado español** en la instrucción de esos crímenes, en este caso el Juzgado Central de Instrucción nº 5.

Los crímenes de genocidio y tortura que se atribuyen a las Fuerzas de Seguridad marroquíes en el procedimiento que se sigue en el Juzgado Central de Instrucción nº 5 **se cometen fuera de España**⁷ (por lo que **no procede la aplicación del criterio de territorialidad**), por ciudadanos marroquíes (por lo que **no procede la aplicación del criterio de personalidad activa**), contra ciudadanos que hasta ese momento tenían la nacionalidad española y que la mantuvieron, por lo menos hasta la entrada en vigor del Real Decreto 2258/1976 de 10 de agosto⁸ (por lo que **no**

⁷ Insistimos, siempre que se considere que el Sahara Occidental ya no es España.

⁸ Como es sabido, dicho Real Decreto en la práctica privó a los saharauis –que ostentaban DNI y pasaporte español- de la nacionalidad española, y les condenaba a convertirse en marroquíes, mauritanos o apátridas.

procede la aplicación del criterio de personalidad pasiva, inoperante en la ley española).

En realidad, el procedimiento a que nos referimos se sustenta en el **criterio de persecución universal o internacionalidad** (art. 23.4 de la LOPJ), que permite ejercer la jurisdicción española en los casos –entre otros varios⁹- de **genocidio y tortura cometidos en el extranjero, siempre que** pueda constatarse algún **vínculo de conexión relevante con España** (lo que concurre en grado sumo, al tratarse de una colonia española, transformada en provincia, recién abandonada).

España es parte en el Convenio para la prevención y la sanción del delito del **Genocidio**¹⁰. También es parte en el Convenio contra la **Tortura** y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹¹

Otro requisito para la operatividad de la jurisdicción universal es la inexistencia de una **persecución seria y efectiva** en el otro país competente, Marruecos¹².

⁹ La lista completa de los delitos perseguibles en virtud del criterio de internacionalidad es: **Genocidio y lesa humanidad; Terrorismo; Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces; Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores; Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España; Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.**

¹⁰ Hecho en Nueva York, aprobado por la Asamblea General de las NN.UU el 9.12.1948 (BOE de 8.2.1969). España se adhirió 13.9.1968.

¹¹ Hecho en Nueva York el 10.12.1984 (BOE de 10.12.1984).en Nueva York, aprobado por la Asamblea General de las NN.UU el 9.12.1948 (BOE de 8.2.1969). España lo ratificó el 21.10.1987.

¹² Conforme al art. 23.4 párrafo penúltimo de la LOPJ **para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá...constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha**

Preguntas.

Cabe ahora plantearse alguna cuestión en el procedimiento seguido en el Juzgado Central de Instrucción nº 5, desde el punto de vista del **principio de legalidad**. Los crímenes objeto de querrela (genocidio y torturas) fueron cometidos entre 1976 y 1987. **El delito de genocidio ya había sido introducido en nuestro Código Penal por Ley 44/1971, de 15 de noviembre**, como art. 137 bis)¹³, por lo que no podría oponerse tacha alguna de irretroactividad. Otro tanto puede decirse del **delito de torturas, que fue introducido en nuestro Código Penal por Ley 31/1978, de 17 de julio**, como art. 204 bis)¹⁴. Por tanto, salvo las torturas perpetradas antes del 17.7.1978 y en la medida que no formaran parte de los actos que integran el delito de genocidio¹⁵, las torturas perpetradas sobre la población saharauí serían también perseguibles.

En definitiva, que ningún obstáculo parece existir cuanto a la efectividad y prosperabilidad de la acción penal ejercida por el Juzgado Central de Instrucción nº 5.

iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles

¹³ Art. 607 del actual CP.

¹⁴ Art. 174 del actual CP.

¹⁵ Integran el delito de genocidio (con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes) los siguientes actos: matar a los miembros del grupo, agredirles sexualmente, producirles lesiones deformantes o graves, someterles a condiciones que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, desplazarles forzosamente, impedirles su género de vida o reproducción, o producirles otro tipo de lesiones.

Otro procedimiento.

El procedimiento que se sigue en el Juzgado Central de Instrucción nº 2 es más reciente y, aparentemente, más simple en cuanto que se refiere a la **investigación de un asesinato, pero de un ciudadano español**. Se presentó querrela el 16.11.2010 por delito de lesa humanidad (el desmantelamiento violento del campamento de Gdeim Izdik el 8.11.2010 en el que, entre otros, murió un ciudadano español, Baby HAMDAL BUYENA) y uno de los querrellados es el Ministro del Interior marroquí **Taieb CHERKAUI**.

Los hechos ocurridos son públicamente conocidos y se cometieron entre los meses de Octubre y Noviembre de 2010, cuando las Fuerzas de Seguridad marroquíes, arramblaron violentamente contra todo lo existente en el Campamento de Gdeim Izik (Campamento de la Dignidad), cercano a la ciudad de El Aaiun. Las personas que se encontraban en este campamento se vieron obligadas a levantarse en **protesta ciudadana contra las condiciones de vida y de trabajo impuestas en todo el territorio del Sahara Occidental por las autoridades de Marruecos**, país ocupante de esta antigua Provincia española, que desde el año 1975 dejó de serlo, pues España abandonó a su suerte a los que habían sido conciudadanos desde principios del siglo XX. Durante el desalojo del Campamento se produjeron desapariciones, agresiones físicas, torturas y otros desmanes contra cientos de persona, así como varios asesinatos, entre ellos el del ciudadano español D. Baby HAMDAL BUYEMA.

El Juzgado no se pronunció sobre la admisión de la querrela y dejó en suspenso dicha admisión hasta tener conocimiento de si las autoridades marroquíes estaban llevando a cabo una persecución efectiva, como exige el art. 23.4 párrafo penúltimo de la LOPJ.

Pero no sólo se sustentaba la querrela en el criterio de la jurisdicción universal sino también en el sólido criterio de la territorialidad (art. 8 del CC¹⁶), pues se estimaba que España sigue siendo la potencia administradora del Sahara Occidental, por lo menos formalmente (al estar la provincia ilegalmente ocupada por Marruecos) desde el momento en que los Acuerdos de Madrid de 1975 firmados por España, Marruecos y Mauritania son nulos; se trataba de un territorio en proceso de descolonización, territorio cuya población no fue consultada. Los acuerdos deben considerarse clandestinos, pues ni fueron publicados en el BOE ni fueron registrados en las NN.UU.

El Juzgado Central de Instrucción nº 2 dictó Auto el 29.11.2010 por el que decidió, antes de admitir la querrela, librar CRI a Marruecos para conocer si existía algún procedimiento en curso sobre tales hechos.

Los querellantes (los familiares de Baby HAMDAN BUYENA y la LIGA ESPAÑOLA PRO DERECHOS HUMANOS) recurren la decisión de librar CRI pero el JCI nº 2 rechaza el recurso el 10.12.2010.

El Juzgado Central de Instrucción nº 2 dictó Auto el 2.2.2011 por el que insistió en no admitir a trámite la querrela en tanto no se acreditara que en Marruecos no se sigue procedimiento por los hechos.

¹⁶ **Artículo 8 del CC.** Las Leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español.

El 21.2.2011 se recurre el Auto pero la Sala de lo Penal lo confirma el 30.5.2011.

Ni el Juzgado Central de Instrucción nº 2 ni la Sala de lo Penal en la apelación se han pronunciado sobre la operatividad del criterio de territorialidad. De admitirse ese criterio la querella debería haber sido inmediatamente aceptada sin necesidad de preguntar a Marruecos si allí se seguía procedimiento; ello sin perjuicio de las dificultades que luego hubiesen surgido para luego llevar a cabo las diligencias de investigación (examen del lugar de los hechos, declaración de los inculpados marroquíes, declaración de los testigos residentes en los Territorios Ocupados, etc.).

La duda razonable sobre la imparcialidad de la justicia marroquí de enjuiciar los hechos llegó hasta **el Parlamento Europeo, que el 25.11.2010 expresó el deseo de que fueran las NN.UU. las que investigaran lo ocurrido.**

El Tribunal Constitucional inadmitió a trámite la demanda de amparo el 22.3.2012 porque estimó que no estaba justificada la especial transcendencia constitucional del recurso.

El TEDH dio entrada a la demanda el 18.9.2012 pero tras un examen previo **decidió no darle curso.**

Dificultades.

La tramitación de los dos procedimientos descritos, de incierto futuro procesal, se ve además frenada por la imposibilidad de desarrollar una cooperación judicial efectiva, **tanto con Marruecos** (bajo cuya ocupación ilegal está el *locus in quo*, donde se encuentran los querellados responsables de los delitos, donde se encuentran los archivos, etc.) **como con la República Árabe Saharaui Democrática** (sea en los Territorios Liberados, sea en los campamentos de Tinduf) donde se encuentran la mayor parte de los testigos, precisamente testigos huidos de la invasión y de la ocupación marroquí.

Ni que decir tiene que Marruecos no quiere oír hablar de una investigación judicial iniciada fuera de Marruecos y en la que aparecen implicadas sus autoridades militares y policiales, por más atroces que hayan sido los crímenes perpetrados (bombardeos con napalm contra la población civil, desapariciones, agresiones físicas y torturas contra centenares de personas, así como varios asesinatos, entre ellos, el de ciudadanos españoles, p.ej.). El silencio ante los exhortos librados por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 es absoluto, a **pesar de existir un Convenio entre el España y Marruecos relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho en Rabat el 24 de junio de 2009**. Como por otra parte la vía de tramitación del exhorto internacional es la gubernativa (no se ha alcanzado la independencia y la fluidez existente entre los Estados miembros de la Unión Europea¹⁷) y es un hecho conocido que la Justicia marroquí está controlada por el Majzén, no puede preverse una pronta terminación del procedimiento.

¹⁷ Art. 6.1 del Convenio celebrado por el Consejo de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, también denominado *Convenio 2000*.

Otro tanto ocurre (dificultades para la investigación procesal) con relación al procedimiento del Juzgado Central de Instrucción nº 2, que incluso impide averiguar si se sigue allí procedimiento judicial en relación con el asesinato de Baby HAMDAN BUYENA. Esa respuesta supondría abrir la puerta de la querrela.

Los testigos, directos o referenciales, de los hechos que se pretende investigar **se encuentran o en los Territorios Ocupados o en los Territorios Liberados, incluido Tinduf**. Ya sabemos que en el primer caso las Comisiones Rogatorias Internacionales que se envían no son atendidas.

Pero en el segundo caso tampoco tienen mayor éxito, pues el Ministerio de Justicia español las remite al Ministerio de Justicia argelino, y éste se niega a tramitarlas porque entiende que no es el destinatario y que deben remitirse a su destinataria, la República Árabe Saharaui Democrática. Pero **España no reconoce a la RASD, que es un Estado que ejerce soberanía en su limitado territorio. La RASD no es solo Tinduf; es también Bir Lehlu, Tifariti, Mehaires, Aguenit, etc.**

El que España no reconozca a la RASD resulta hoy llamativo, porque, por otra parte, numerosas **autoridades españolas mantienen contactos institucionales con autoridades saharauis**: Ministros del Gobierno y Presidentes regionales que reciben en audiencia a Mohamed ABDELAZIZ (Presidente de la RASD); contactos de la **Agencia Española de Cooperación y Desarrollo** y del **Instituto Cervantes** con las autoridades de la RASD en Tinduf para coordinar la ayuda que llega desde España; existencia de un Delegado de la RASD en España (Bucharaya

HAMUDI BEYUN) que es reconocido oficialmente en España; existencia de un Delegado de la RASD ante la ONU (Ahmed BUJARI), existencia de un Delegado de la RASD ante la UE, etc. También las **autoridades marroquíes han mantenido contactos bilaterales con autoridades saharauis** en las conversaciones de Manhasset y Viena bajo los auspicios de las NN.UU. Incluso han mantenido contactos bajo los auspicios de la ACNUR para que los saharauis de Tinduf y de los Territorios Liberados puedan viajar a los Territorios Ocupados y viceversa

En definitiva, **una cosa es que no existan relaciones diplomáticas con un Estado y otra cosa es que ese Estado no exista, como si fuera un Estado fallido. La RASD es algo más que Kosovo, la Trasnistria o la República Turca del Norte de Chipre. Y quizá no debiera ser menos que Palestina**, con la que tenemos constantes contactos institucionales y de cooperación, a favor de cuyo ingreso en las Naciones Unidas acaba de votar España en la Asamblea General¹⁸.

La imposibilidad de librar exhortos internacionales ha determinado que los testigos tengan que trasladarse desde Marruecos o desde el Sahara o desde Argelia a Madrid, a prestar declaración ante el Juzgado Central de Instrucción nº 5 (el JCI nº 2 no tiene hasta este momento abierto el procedimiento), con el coste procesal y económico que ello supone.

¹⁸ Es decir, que España no reconoce a la República Árabe Saharaui Democrática, dotada de territorio, instituciones legislativa, ejecutiva y judicial, población (aproximadamente 350.000 habitantes) y ejército ;pero sí mantiene un embajador ante la Soberana Orden de Malta, entidad de Derecho internacional sin territorio (salvo el edificio de su sede en la Via Condotti, en Roma)!

Perspectivas

En tanto España no reconozca a la RASD y la tenga como un estado libre y soberano, **no podrá tramitar exhortos internacionales que faciliten la instrucción de los procedimientos seguidos** por crímenes perpetrados en el Sahara Occidental, con la carestía y el retraso procesal inherente a tales carencias.

Al existir una absoluta negativa de Marruecos a colaborar con nuestras autoridades judiciales, **la única posibilidad de enjuiciar en España a los responsables de los crímenes es la de que éstos sean entregados a España por un tercer país si son en ese país detenidos** en virtud de **Órdenes Internacionales de Detención** cursadas por el Juez español¹⁹.

Zaragoza, 22 de febrero de 2013

¹⁹ V. caso Benslimane, contra el que recayó una euroorden de un juez francés a raíz de la investigación sobre el asesinato de Mehdi Ben Barka. V. también la extradición que España acaba de solicitar de Chile (Consejo de Ministros de 15.2.2013) de seis ex agentes de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), presuntos responsables del asesinato del diplomático español Carmelo Soria, en el año 1976 (Guillermo Humberto Salinas Torres; José Remigio Ríos San Martín; René Patricio Quiholt Palma; Jaime Enrique Lepe Orellana; Pablo Fernando Belmar Labbé y Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda).