Roj: AAN 256/2014 - ECLI:ES:AN:2014:256A
Id Cendoj: 28079229912014200039
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Recurso: 17/2014
Nº de Resolución: 40/2014
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: JOSE RICARDO JUAN DE PRADA SOLAESA
Tipo de Resolución: Auto

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO PENAL

PLENO

EXPEDIENTE GUBERNATIVO 17/2014

ROLLO 8/2014 DE LA SECCIÓN SEGUNDA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO n° 80/2013

Juzgado Central de Instrucción n° 2

A U T O N º 40 / 2014

PRESIDENTE:

D. FERNANDO GRANDE MARLASKA GÓMEZ

MAGISTRADOS:

Dª. ÁNGELA MURILLO BORDALLO

Dª. CONCEPCIÓN ESPEJEL JORQUERA

D. GUILLERMO RUIZ POLANCO

D. ANGEL HURTADO ADRIÁN

Dª. TERESA PALACIOS CRIADO

Dª. MANUELA FERNÁNDEZ PRADO

Dª. C. PALOMA GONZÁLEZ PASTOR

Dª. ANGELES BARREIRO AVELLANEDA

D. JAVIER MARTÍNEZ LÁZARO

D. JULIO DE DIEGO LÓPEZ

D. JOSÉ RICARDO DE PRADA SOLAESA

D. ANTONIO DÍAZ DELGADO

D. NICOLAS POVEDA PEÑA

D. RAMÓN SAEZ VARCARCEL

Dª. CLARA BAYARRI GARCÍA

En Madrid, a cuatro de julio de dos mil catorce.

ANTECEDENTES DE HECHO

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

PRIMERO.- Por el Juzgado Central nº 1 de esta Audiencia Nacional se dictó con fecha catorce de abril de 2014 Auto por el que se transforman las Diligencias previas 309/10 en Sumario 4/14 por delitos de lesa humanidad y genocidio.

Por Auto de la misma fecha se acuerda la conclusión del Sumario y la elevación del mismo a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a fin de que nos pronunciemos sobre la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado a) del Art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a los efectos de cumplir con el mandato previsto en la disposición transitoria de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, o bien, adopte la decisión que estime pertinente.

SEGUNDO.- Recibidas, fueron remitidas las actuaciones al Pleno para su resolución por la totalidad de los magistrados de la Sala, en cumplimiento del acuerdo de 21 de marzo pasado, para pronunciarse sobre la aplicación de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2014 de 13 de marzo, para lo que se designó como ponente al magistrado Sr. JOSÉ RICARDO DE PRADA SOLAESA, que dicta el presente con el parecer de la Sala. La deliberación se realizó el 23 de junio pasado.

TERCERO.- El Fiscal, despachando el traslado que le había sido conferido en fecha 17 de marzo de 2014, expuso al respecto:

"En la Providencia que se notifica al Ministerio Fiscal se pide informe sobre la posibilidad de sobreseer el procedimiento, esta petición se fundamenta en la aprobación de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la Justicia Universal. En su Disposición Transitoria Única se expresa: "Las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidas en ella".

1.- La Liga Española Pro Derechos Humanos y de la familia del ciudadano español Luis Manuel , presentan escrito de querella contra el Titular del Ministerio de Defensa, el Titular del Ministerio del Interior y el Titular del Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de Marruecos y contra el Gobernador de la ciudad de El Aaiún. Los hechos descritos se refieren a la actuación de las fuerzas de seguridad del Reino de Marruecos contra los habitantes del asentamiento Gdeim Izik (Campamento de la Dignidad) instalado en las proximidades de la ciudad del Aaiún en el territorio del Sahara Occidental.

Los hechos se realizaron entre los meses de octubre y noviembre del año 2010, durante el desalojo violento del Campamento, en los que las fuerzas de seguridad del Reino de Marruecos produjeron desapariciones, agresiones físicas, torturas, asesinatos. Entre ellos, la muerte violenta del ciudadano español Luis Manuel , ocurrido en la mañana del día 8 de noviembre del 2010, por los agentes del Cuerpo Especial GUS, creado ex-profeso para el Sahara Occidental. Los querellantes han calificado estos hechos como un delito de lesa humanidad, un delito de genocidio, asesinato, lesiones, torturas y secuestros, de los artículos 607 bis , 174 , 175 , 176 , 177 y 139, todos ellos del Código Penal .

El Juzgado, antes de admitir la querella -Auto de 29 de noviembre de 2010-, resolvió librar Comisión Rogatoria Internacional al Reino de Marruecos con el propósito de conocer si existía algún procedimiento en curso sobre estos hechos, conforme a lo previsto en el artículo 23.4 párrafo penúltimo de la LOPJ , modificada por la Ley Orgánica 1/2009. Hay que señalar que hasta el día de hoy Marruecos no ha cumplimentado la Comisión Rogatoria, consecuentemente las querellas siguen en suspenso.

2. En atención a los hechos objeto de la querella -descritos de forma sucinta en este escrito- el Ministerio Fiscal ***considera que no procede el sobreseimiento del procedimiento conforme a la Disposición Transitoria Única transcrita, ello por cuanto no es de aplicación el reformado artículo 23 en sus apartados 2, 4 y 5, sobre la Justicia Universal.*** En este caso, la competencia de la Jurisdicción española debe ser declarada por el principio de Territorialidad, recogido en los *artículos 8 del Código Civil y artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que disponen que las leyes penales, las de policía y la de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español, o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.*

3. Llegados a este punto, hay que estudiar el concepto de territorio respecto a la cuestión del Sahara:

En un primer momento, desde el año 1884 hasta el 1958, año en que se dicta el Decreto de 4 de julio de 1958, sobre "territorios españoles del África occidental", por el que "se divide el litoral de los territorios de África occidental española en dos provincias marítimas de segunda clase, denominadas de Ifni y Sahara español, con capitales en Sidi Ifni y Villa Cisneros". Esta época es la denominada colonial.

Posteriormente, vino la llamada fase de provincialización, nuestro ordenamiento jurídico, concretamente la Ley de 19 de abril de 1961, señalaba las bases sobre las que debe asentarse el ordenamiento jurídico de la Provincia del Sahara en sus regímenes municipal y provincial, el artículo 4o de esta Ley establecía que "la provincia del Sahara gozará de los derechos de representación en Cortes y demás organismos públicos correspondientes a las provincias españolas". Como consecuencia del reconocimiento que realiza esta Ley de la equiparación de los "stati" entre españoles peninsulares y nativos, se reconoció a los saharauis el derecho al voto para el referéndum convocado por Decreto de 2930/1966, de 23 de noviembre, para aprobación de la Ley Orgánica del Estado de 1967.

En conclusión, tanto a nivel formal como jurídico, al Sahara español se le consideraba como una provincia española, concretamente era la provincia número 53.

Por último, se entra en la fase de descolonización, España al ingresar en las NN.UU., y firmar la Carta de las Naciones, San Francisco, 26 junio 1945 -publicado en BOE 16 noviembre 1990- reconoció el hecho colonial del Sahara español, contrayendo una serie de obligaciones, convirtiéndose en Potencia administradora. En esta dirección, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Resolución 2072, de 17 de diciembre de 1965, por la que se considera a España Potencia administradora sobre el Sahara español. Como Potencia administradora se obliga, apartado a) del artículo 73: "a asegurar, con el debido respeto a la cultura de los pueblos, su adelanto político, económico, social y educativo, el justo tratamiento de dichos pueblos y su protección contra todo abuso... "

Dejando al margen el dato de que los preámbulos o exposiciones de motivos de las normas jurídicas carecen de eficacia vinculante directa, resulta transcendental que España reconoce su papel de Potencia administradora, en el Preámbulo de la Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del Sahara (BOE número 278, día 20 noviembre 1975, página 24234): "El Estado Español ha venido ejerciendo, como Potencia administradora, plenitud de competencias y facultades sobre el territorio no autónomo del Sahara, que durante algunos años ha estado sometido en ciertos aspectos de su administración a un régimen peculiar con analogías al provincial y que nunca ha formado parte del territorio nacional".

4.- Actualmente hay un importante sector doctrinal que considera que España sigue siendo la Potencia Administradora del Sahara Occidental de iure aunque no de facto, por las siguientes consideraciones:

El día 14 de noviembre de 1975, se firmó en esta Capital la llamada, a nivel oficial. Declaración de Principios entre España, Marruecos y Mauritania sobre el Sahara Occidental, conocido también como "Acuerdo Tripartito de Madrid", en el que se acordaron seis puntos. Entre ellos en el apartado segundo: "....La presencia española en el territorio terminará definitivamente antes del 28 de febrero de 1976". Apartado tercero: "La opinión de la población saharaui expresada a través de la Yemáa será respetada". Apartado 4: "Los tres países informarán al Secretario General de las Naciones Unidas de las disposiciones decididas con arreglo al presente documento como resultado de las negaciones desarrolladas en conformidad con el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas".

Finalmente, este acuerdo en su apartado último, el sexto, dispone; "Este documento entrará en vigor el mismo día de publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley sobre la Descolonización del Sahara, que autoriza al gobierno español a dar aplicación a los acuerdos contenidos en el presente documento". En ejecución del último apartado, se dictó la Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del Sahara (BOE número 278, día 20 noviembre 1975, página 24.234). En su artículo único dispone: "Se autoriza al Gobierno para que realice los actos y adopte las medidas que sean precisas para llevar a cabo la descolonización del territorio autónomo del Sahara, salvaguardando los intereses españoles- El gobierno dará cuenta razonada de todo ello a las Cortes ". Esta Ley tiene una Disposición Final y Derogatoria: "La presente Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, quedando derogadas las normas dictadas para la administración del Sahara en cuanto lo exija la finalidad de la presente Ley".

Naciones Unidas ha mantenido una posición uniforme sobre el "Acuerdo Tripartito de Madrid", al dictaminar que el mismo es nulo, sin eficacia jurídica, en consecuencia siempre ha considerado a España como la Potencia administradora, con las obligaciones señaladas en el artículo 73 y 74 de la Carta de las Naciones Unidas.

La Asamblea General de Naciones, Resolución 3458 B, admitió el "Acuerdo Tripartito", siempre y cuando los firmantes de dicho "Acuerdo" realizaran un Referéndum. Sin embargo, previendo que el Referéndum no se Devana a efecto, la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobó con fecha 10 de diciembre de 1975 la Resolución 3458 A, en la que su parte dispositiva apartados 7 y 8, tiene a España como la Potencia administrativa.

En fecha 29 de enero de 2002, el Consejo Jurídico de Naciones Unidas dictaminó la nulidad del "Acuerdo Tripartito", así: "El acuerdo de Madrid no transfirió la soberanía sobre el territorio, ni confirió a ninguno de los signatarios la condición de Potencia Administradora, condición que España, por sí sola, no podía haber transmitido ".

En definitiva, de acuerdo con lo manifestado hasta el momento, las resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y los informes de su Secretario General, la Potencia administradora del Sahara Occidental sigue siendo España, aunque lo sea de "iure" pero no "de facto".

5.- Nuestro Tribunal Supremo, así como la Audiencia Nacional, en diversas resoluciones dictadas en orden a reconocer la nacionalidad de los nacidos en el Sahara español, conforme a lo previsto en el artículo 22 del Código Civil , reconocen que el Sahara era territorio español y otorgan la nacionalidad española durante el denominado periodo de la "provincialización" (sentencias de la Sala 3a de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, 20 noviembre 2007 y 7 noviembre 1999 ; de la Sala la de lo Civil del Tribunal Supremo, 22 febrero 1977 y 28 octubre 1998; de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 12 mayo 2005 y 23 mayo 2006).

Para acabar con este escrito, hay que hacer mención especial de la Sentencia de 7 de noviembre de 1999, dictada por la Sala 3' de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo. En ella se distingue entre territorio metropolitano y territorio colonial.

Así pues, procede destacar los particulares de esta Sentencia, en el Fundamento Jurídico Cuarto, se estudia el concepto de territorio español referido a la cuestión del Sahara: "Afortunadamente, en la concreta materia que nos ocupa podemos contar con dos dictámenes del Consejo de Estado, uno sobre Guinea (Dictamen num. 36017, de 20 de junio de 1968), y otro sobre Ifni (Dictamen 36.227, de 7 de noviembre de 1968), que pueden consultarse en Recopilación de doctrina legal, 1967-68, Madrid 1971, págs. 21-31 y en Recopilación de doctrina legal 1968-69, Madrid 1972, págs 613-20. Estos dos dictámenes sirvieron de base en su día para un pormenorizado análisis doctrinal en el que se aborda también el problema del Sahara, y que se recoge en las páginas 356-418 del Libro jubilar del Consejo de Estado publicado en 1972 por el que entonces se llamaba Instituto de Estudios Políticos. Un tratamiento del problema más breve, pero sumamente claro, que se apoya en los trabajos que acabamos de citar, y publicado junto con otros estudios sobre División territorial y descentralización, en 1975, por el Instituto Nacional de Administración local, facilita el acceso a los datos históricos indispensables para entender el problema".

El Tribunal justifica el hacer referencia a las fuentes consultadas: "El citado órgano consultivo estatal elaboró la noción de "territorio nacional", concepto que inspira la intervención a la que ajustado luego el Gobierno español todo el proceso des colonizador ulterior, y que es la clave para resolver el problema de fondo... ".

Dentro de este Fundamento Jurídico, la Sala considera: "... El territorio es el ámbito espacial sobre el que el derecho internacional reconoce soberanía al Estado, el llamado territorio metropolitano es un espacio vinculado, infungible, inalienable, imprescriptible, esencial (por cuanto pertenece al ser del Estado, a aquello sin lo que un determinado Estado no sería el que es), y cuya integridad, precisamente por todo ello, se protege específicamente, con protección reforzada además. Por el contrario, el territorio colonial es un territorio de libre disposición, fungible, alienable, prescriptible, accidental (no esencial), protegido con protección ordinaria, cuantitativamente valorable por cuanto se le puede tomar (y de hecho se le toma) como magnitud física (remitiendo por ello a ideas concretas y hasta, en su caso, groseramente crematísticas). Continúa diciendo el Tribunal: "Pues bien, Guinea, Ifni, y Sahara eran territorios españoles que no formaban parte del territorio nacional. Y porque esto era así es por lo que no se quebrantaba la integridad del territorio nacional por la realización de aquellos actos jurídicos y políticos que determinaron la independencia de Guinea (que hasta ese momento fue una dependencia de España), la cesión o, si se quiere, la "retrocesión" de Ifni a Marruecos, y la iniciación del proceso de autodeterminación del Sahara, y es que solamente puede considerarse "territorio nacional" aquel que, poblado de uno. colectividad de ciudadanos españoles en la plenitud de sus derechos, constituye una unidad administrativa de la Administración local española -en su caso, de parte de una de ellas- y que, cualquiera que sea su organización, no goce de otra personalidad internacional ni de otro derecho de autodeterminación que el que a la nación corresponda como un todo". Concluye en este apartado el Tribunal: "Repetimos: el Sahara español -y otro tanto ocurría con Ifni y Guinea ecuatorial- era, pese a su denominación provincial, un territorio español -es decir: un territorio sometido a la autoridad del Estado español-pero no era territorio nacional".

En conclusión:

a) España con su ingreso en NN.UU., asumió el hecho colonial del Sahara español, convirtiéndose en la Potencia administradora, Resolución 2072, de 17 de diciembre de 1965, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas.

b) España en el Preámbulo de la Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del Sahara (BOE número 278, día 20 noviembre 1975, página 24234) reconoce el haber ejercido como Potencia administradora: "El Estado Español ha venido ejerciendo, como Potencia administradora, plenitud de competencias y facultades sobre el territorio no autónomo del Sahara, que durante algunos años ha estado sometido en ciertos aspectos de su administración a un régimen peculiar con analogías al provincial y que nunca ha formado parte del territorio nacional".

c) La jurisprudencia anteriormente citada, a efectos de conceder la nacionalidad a los nacidos en el Sahara, reconoce que el Sahara fue territorio español, tanto en la época de la "provincialización", como en la época colonial.

d) En definitiva España de iure, aunque no de facto, sigue siendo la Potencia Administradora, y como tal, hasta que finalice el periodo de la descolonización, tiene las obligaciones recogidas en los artículos 73 y 74 de la Carta de Naciones Unidas.

e) Debe señalarse por último que si por la legalidad internacional un territorio no puede ser considerado marroquí, tampoco puede aceptarse su jurisdicción como fuero preferente del lugar de comisión del delito. Por todo lo expuesto; se puede concluir:

El Ministerio Fiscal considera que no procede el sobreseimiento del procedimiento conforme a la Disposición Transitoria Única transcrita, ello por cuanto no es de aplicación el reformado artículo 23 en sus apartados 2, 4 y 5, sobre la Justicia Universal. En este caso, la competencia de la Jurisdicción española debe ser declarada por el principio de Territorialidad, recogido en los artículos 8 del Código Civil y artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que disponen que las leyes penales, las de policía y la de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español, o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

II.- RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Este Pleno muestra conformidad con el criterio del Ministerio Fiscal respecto de España de iure, aunque no de facto, sigue siendo la Potencia Administradora del territorio, y como tal, hasta que finalice el periodo de la descolonización, tiene las obligaciones recogidas en los artículos 73 y 74 de la Carta de Naciones Unidas , entre ellas dar protección, incluso jurisdiccional, a sus ciudadanos contra todo abuso, para lo cual debe extender su jurisdicción territorial para hechos como los que se refieren en la querella a que se contrae el presente procedimiento.

El estatus jurídico del Sahara occidental en los términos que se indican por el Ministerio Fiscal se corresponde con el que se hace constar en el escrito de fecha 29 de enero de 2002 dirigido al presidente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por el Secretario General adjunto para los asuntos jurídicos, que expresamente se recoge en los antecedentes de la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto A.C y otros c. España, Demanda nº 6528/11, de 22 de abril de 2014 .

Conviene esta Sala, pues, con el Ministerio Fiscal, que el juzgado de instrucción remitente de las actuaciones tiene jurisdicción para el conocimiento de los hechos objeto de querella en atención al criterio de territorialidad del art 23. 1 de la LOPJ y no del de jurisdicción universal del art 23.4 de la LOPJ , por lo que no se ve afectado por la reciente reforma de dicho artículo, como consecuentemente tampoco resulta aplicable la disposición transitoria única de la LO 1/2014.

SEGUNDO.- Al no haber concluido la investigación y no ser procedente el sobreseimiento provisional prevista en la LO 1/2014, debe revocarse el auto de conclusión del Sumario dictado por el juzgado instructor, con devolución de la causa para que continúe con la tramitación de la misma.

Por todo lo cual, esta **SALA ACUERDA:**

III.- PARTE DISPOSITIVA.

NO HABER LUGAR AL SOBRESEIMIENTO de las actuaciones seguidas en el Juzgado Central de Instrucción nº 2 de esta Audiencia Nacional en el Procedimiento Ordinario nº 4 /2014.

REVOCAR el auto de conclusión de Sumario dictado por dicho juzgado instructor.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a la representación procesal de los querellantes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de súplica a interponer en la forma y plazos legales.

Así, lo acordamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ