



JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION Nº 5 MADRID

PRIM, 12
Teléfono: 913973315
Fax: 913194731

DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 1/2008-A

Número de Identificación Único: 28079 27 2 2008 0000006

Tomo 4

Dada cuenta, por recibido informe del representante del Ministerio Fiscal, únase y visto su contenido;

AUTO

En Madrid, a quince de abril de dos mil catorce.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se incorporan en virtud de querrela presentada por el procurador D. Luciano Rosca Nadal, en nombre y representación de la entidad “ASOCIACIÓN SAHARAUI PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS-ASADEH”, y de los particulares perjudicados Saadani Maoulainine, Hosein Baida Abdelaziz, y Dahi Aguai, por la presunta comisión de un delito de GENOCIDIO, en concurso con delitos de ASESINATO, LESIONES, DETENCIÓN ILEGAL, TERRORISMO, TORTURAS y DESAPARICIONES, contra Sidahmed Battal, Sidi Wagag, El Jalil Ahmed, Brahim Ghali, Jandoud Mohamed, Abdelwodoud El Feri, Mohamed Salem Sanoussi “Salazar”, Taleb Haidar, Brahim Beidila, Mahjoub “Lincoln”, Mohamed Lamine Buhali, Edda Hmoim, Ahmedu Bad, Ali Dabba, Bachir Moustafa Sabed, Mohamed Jadad, Ahmed Salama, Molud Lehsen, Mohamed Hnya “Derbali”, Mohamed Ali Hnya “Degaulle”, Luchaa Obeid, Molud Didi, Mahfoud Hmeina Duihi “Ali Beiba”, Mohamed Fadeln “Japonés”, General Omari, Nabil Kadour, Nadim Benaser, Mahfoud y Abderraman Búho “Michel”.

SEGUNDO.- Por auto de 16 de agosto de 2012 se acordó la admisión a trámite de la querrela interpuesta, tras haberse constatado en el procedimiento, a través de las oportunas comisiones rogatorias libradas al efecto, la inexistencia de otros procedimientos sobre los mismos hechos en los Estados de Marruecos y Argelia, acordándose al mismo tiempo la práctica de diligencias de instrucción.

TERCERO.- En fecha 17 de marzo de 2014, se dicta providencia del tenor literal siguiente:

“Visto el estado que mantienen las presentes actuaciones, y habiendo entrado en vigor el pasado día 15 de marzo de 2014 la LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LOPJ relativa a la justicia universal, atendida la nueva redacción conferida a los apartados 4º y 5º del artículo 23 de la LOPJ, así como la introducción de un nuevo apartado 6º, y visto también el contenido de la Disposición Transitoria Única de la citada LO 1/2014, según la cual “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 establecidos en ella”, con carácter previo a resolver lo procedente sobre el mantenimiento del ejercicio de la jurisdicción en el caso presente (ex. artículo 9.1 y 3 LOPJ), y en la medida en la que los hechos y delitos investigados en la presente causa pudieren resultar afectados por la precitada reforma legal, resulta pertinente, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 124 CE, 541 LOPJ, 1 EOMF y 773.1 LECrim, conferir traslado al Ministerio Fiscal para que emita informe al respecto, trámite que, en aras al principio de igualdad procesal, será también otorgado a las restantes partes personadas en las actuaciones, a fin de que en el plazo de tres días efectúen las alegaciones que tengan por oportunas, dándose así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9.6 LOPJ; y verificado lo anterior se resolverá.”

CUARTO.- Evacuando el traslado conferido, por la representación procesal del querellante “Asociación Saharaoui para la Defensa de los Derechos humanos –ASADEH”, se presenta escrito en fecha 21 de marzo de 2014, en el que, tras alegar lo que estima conveniente a su derecho conforme figura en autos, termina solicitando “(...) inaplicar en la presente causa los apartados 4 a) y b) y 5 del Art. 23 de la LOPJ, reformada por la LO 1/2014, de 13 de marzo, que modifica la LO 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial relativa a la Justicia universal, así como la Disposición Transitoria Única, sin que haya lugar al sobreseimiento y archivo de la presente causa.”

La representación procesal de los querellantes Saadani Moulainine, Hosein Baida Abdelaziz y Dahi Aguai, presenta escrito en fecha 21 de marzo de 2014, en el que, tras alegar lo que estima conveniente a su derecho conforme figura en autos, termina solicitando sea planteada cuestión de constitucionalidad conforme al procedimiento establecido en el art 35 y ss LOTC.

Finalmente, por el Ministerio Fiscal se emite informe del siguiente tenor literal:

“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 causa se inicia por la querrela presentada por la "Asociación Saharaoui. Para la Defensa de los Derechos Humanos" ASADEDH por los delitos de torturas y genocidio cometidos por los responsables del Frente POLISARIO.

2.- En atención a los hechos objeto de la querrela, 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 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 trascendental 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 saharauí 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 negociaciones 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 24234). 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 llevaría 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 Iª 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 3ª 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 núm. 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 descolonizador 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 espado 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 una colectividad de ciudadanos españoles en la plenitud de sus derechos, constituye una unidad administrativa de la Administración local española —e/7 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.

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 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"

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- En el presente caso, analizada la vigente redacción de los apartados 4º, 5º y 6º de la LOPJ, en virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2014, de modificación de aquella relativa a la justicia universal, y examinada su aplicación a los hechos objeto de la presente instrucción, es necesario convenir, con el Ministerio Fiscal, en la improcedencia del sobreseimiento de las actuaciones a que se refiere la Disposición Transitoria Única de la referida Ley Orgánica ("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 establecidos en ella"), por cuanto la competencia de la Jurisdicción española debe ser afirmada en virtud de lo dispuesto en los artículos 9.6 LOPJ y 8 LECrim (improrrogabilidad de la jurisdicción) y 21.1 y 23.1 LOPJ (principio de territorialidad), al haberse cometido parte de los hechos objeto de las querellas interpuestas y admitidas a trámite por auto de 16 de agosto de 2012 en territorio que, a todos los efectos, debe tener la consideración de español en el momento de comisión de aquéllos, tal y como se deriva de la legalidad y jurisprudencia nacional e internacional, en análisis contenido en el informe del Ministerio Fiscal y al que procede remitirse a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

En virtud de lo expuesto,



PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda la continuación de la instrucción de las presentes Diligencias Previas, sin haber lugar al sobreseimiento de las mismas, afirmando la competencia de la Jurisdicción española para el conocimiento de los hechos objeto del procedimiento, en virtud de lo expuesto en el Razonamiento Jurídico Único de la presente resolución.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que la misma no es firme, y que frente a ella podrá interponerse recurso de reforma y/o apelación, en el plazo de los tres/cinco días siguientes a su notificación.

Así lo acuerda, manda y firma D./D^a Pablo Rafael Ruz Gutiérrez, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de MADRID.- Doy fe.